



Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez"
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**"LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE Kelsen COMO BASE DOCTRINAL DE
LA JUSTICIA PERUANA Y SUS CONTROVERSIAS CON LA
COSMOVISIÓN ANDINA COMO FUNDAMENTO
DEL DERECHO CONSUECUDINARIO"**

PRESENTADA POR:

Shirley Nohely Apaza Bernedo

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN
DERECHO**

PUNO – PERU

2015



Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez"-Juliaca

ESCUELA DE POSTGRADO
Doctorado en Derecho

"LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE Kelsen COMO BASE DOCTRINAL DE
LA JUSTICIA PERUANA Y SUS CONTROVERSIAS CON LA
COSMOVISIÓN ANDINA COMO FUNDAMENTO
DEL DERECHO CONSUECUDINARIO"

TESIS PRESENTADA POR:

Shirley Nohely Apaza Bernedo

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO

APROBADO POR:

PRESIDENTE DE JURADO : _____
Dr. Hugo Neptali Caveró Aybar

PRIMER MIEMBRO DEL JURADO : _____
Dr. Edwin Flores Castillon

SEGUNDO MIEMBRO DEL JURADO: _____
Dr. Ernesto Machaca Luque

ASESOR : _____
Dr. Juan Flores Velásquez



DEDICATORIA

Con inmenso amor dedico:

- A Dios, el todo poderoso, que desde el infinito cielo me guía por el camino de la vida, dándome la luz que me guía todos los días.
- A mi hijita Luz Fernanda por ser mi gran inspiración y razón del logro alcanzado.
- A mis padres José Carlos y Patricia, por ser las personas que siempre están dispuestas a darme su consejo y apoyo en todo lo que una hija espera de sus padres.



AGRADECIMIENTO

Expreso mi más sincero agradecimiento a las siguientes personas:

- A los docentes de la Escuela de Postgrado de la Universidad, por haberme formado académicamente para contribuir en el logro de la justicia que el pueblo espera y de la paz que es la condición de su desarrollo.
- A mi asesor de tesis, Dr. Juan Flores Velásquez, por su acertada orientación metodológica para culminar exitosamente el presente trabajo de investigación.
- A mis padres, por el apoyo incondicional, sin el cual hubiese sido difícil alcanzar este peldaño en mi formación académico profesional.



ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
ÍNDICE GENERAL.....	v
ÍNDICE DE FIGURAS.....	viii
ÍNDICE DE ANEXOS.....	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xi
RESUMO.....	xii
INTRODUCCIÓN.....	xiii

CAPÍTULO I
EL PROBLEMA

1.1	Exposición de la situación problemática.....	1
1.2	Formulación del planteamiento del problema.....	3
1.2.1	Problema general.....	3
1.2.2	Problemas específicos.....	4
1.3	Justificación de la investigación.....	4
1.4	Objetivos.....	6
1.4.1	Objetivo general.....	6
1.4.2	objetivos específicos.....	6

CAPÍTULO II
MARCO REFERENCIAL

2.1	Antecedentes de la investigación.....	8
2.2	Marco Teórico.....	14
2.2.1	La "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen como base doctrinal de la justicia peruana.....	14



2.2.2	La cosmovisión andina como fundamento filosófico del derecho consuetudinario.....	20
2.2.3	Controversias entre los dos sistemas jurídicos.....	37
2.3	Marco conceptual	40
2.4	Hipótesis	41
2.4.1	Hipótesis general.....	41
2.4.2	Hipótesis específicas.....	41
2.5	Sistema de unidades, ejes y subejos.....	43

CAPÍTULO III PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1	Método de investigación.....	44
3.2	Diseño de la investigación.....	45
3.3	Tipo de investigación.....	46
3.4	Nivel de investigación.....	46
3.5	Corpus de estudio.....	47
3.6	Técnicas e instrumentos de investigación.....	47
3.6.1	Análisis de contenido.....	48
3.6.2	Ficha de análisis.....	48
3.7	Fuentes de investigación.....	49
3.8	Verificación y contrastación de hipótesis.....	49

CAPÍTULO IV LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE KELSEN COMO BASE DOCTRINAL DE LA JUSTICIA PERUANA

4.1	Características de la teoría de Kelsen.....	50
4.1.1	Concepciones básicas y propuestas jurídicas.....	51
4.2	La teoría de Kelsen como base doctrinal del derecho peruano.....	58
4.2.1	Análisis de los sustentos doctrinales del derecho peruano.....	59
4.2.1	Análisis de los sustentos doctrinales de la admi- nistración de justicia.....	62



CAPÍTULO V

LA COSMIVISIÓN ANDINA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

5.1	Fundamentos del derecho consuetudinario.....	68
5.1.1	Concepción de justicia.....	69
5.1.2	La pachamama en la concepción filosófica de los pueblos originarios.....	76
5.1.3	El simbolismo andino.....	82
5.2	El sistema jurídico del mundo andino.....	93

CAPÍTULO VI

CONTROVERSIAS ENTRE LOS DOS SISTEMAS JURÍDICOS

6.1	Contradicciones entre las dos concepciones jurídicas.....	104
6.1.1	Concepciones jurídicas en los dos sistemas.....	106
6.1.2	Naturaleza de las normas en las dos concepciones..	111
6.2	Diferencias en la aplicación de los dos sistemas jurídicos...	121

CONCLUSIONES.....	136
-------------------	-----

RECOMENDACIONES.....	140
----------------------	-----

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143
---------------------------------	-----



INDICE DE FIGURAS

1:	Arquitectura de los hombres prehispánicos según su concepción cosmogónica.....	85
2:	Significado de la chacana o de la cruz escalonada andina.	86
3:	Los siete colores del arco iris.....	89





ÍNDICE DE ANEXOS

1:	Guía de análisis (Teoría pura del derecho de Kelsen).....	148
2:	Guía de análisis (cosmovisión andina).....	149
3:	Guía de análisis (controversias entre los dos sistemas).....	150
4:	Relato de justicia comunal No.1.....	151
5:	Relato de justicia comunal No. 2.....	156





RESUMEN

El propósito central del estudio es la determinación de la naturaleza de la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen como base doctrinal de la justicia peruana y de la cosmovisión andina como fundamento filosófico del derecho consuetudinario, por un lado; y, por otro lado, el establecimiento de las controversias que existen entre ambos sistemas jurídicos.

La fuente de datos estuvo constituida por un corpus teórico que comprendió textos primarios, como el de Kelsen (2010), de Ochoa (2002) y de Estermann (1998), así como de otros autores secundarios. No se trabajó con ninguna población ni muestra de estudio.

El estudio se inscribe dentro de las investigaciones cualitativas de tipo hermenéutico. La única técnica de estudio utilizada fue el análisis documental, siendo su instrumento la ficha de análisis. Con esta técnica se realizó la investigación bibliográfica durante varios meses, identificándose los postulados principales de los autores consultados y sistematizando, luego, según los objetivos previstos.

La conclusión general del estudio es el siguiente: La principal base doctrinal del sistema jurídico actual del Perú, según el análisis realizado, se encuentra en la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen, cuyos planteamientos corresponden al derecho positivo; en tanto que el sistema jurídico que aún pervive en muchas comunidades campesino nativas de los andes del Perú y, particularmente de la región Puno, tiene su base doctrinal en la cosmovisión andina, cuyos planteamientos corresponden al derecho consuetudinario.

Palabras claves: Controversia, cosmovisión, derecho, doctrina, sistema jurídico, teoría.



ABSTRACT

The central purpose of the study is to determine the nature of the "Pure Theory of Law" Hans Kelsen as doctrinal basis of the Peruvian justice and the Andean worldview and philosophical basis of customary law on the one hand; and, secondly, the establishment of disputes between two legal systems.

The data source consisted of a theoretical corpus which included primary texts, such as Kelsen (2010), Ochoa (2002) and Estermann (1998), as well as other secondary authors. It will not work with any population or study sample.

The study is part of qualitative research hermeneutical type. The only study technique used was documentary analysis, with an analysis instrument tab. With this technique the literature search was conducted over several months, identifying the main tenets of the authors consulted and systematizing, then, according to its targets.

The overall conclusion of the study is as follows: The main doctrinal basis of the current legal system in Peru, according to the analysis, is in the "Pure Theory of Law" of Hans Kelsen, whose approaches correspond to positive law; while the legal system that still survives in many indigenous peasant communities in the Andes of Peru and particularly in the Puno region has its doctrinal basis in the Andean world, whose approaches correspond to customary law.

Keywords: Controversy, worldview, law, doctrine, legal system theory.



RESUMO

O objetivo central do estudo é determinar a natureza da "Teoria Pura do Direito" Hans Kelsen como base doutrinária da justiça peruana e da cosmovisão andina e base filosófica do direito consuetudinário, de um lado; e, por outro, o estabelecimento de disputas entre dois sistemas jurídicos.

A fonte de dados consistiu de um corpo teórico que incluiu textos primários, tais como Kelsen (2010), Ochoa (2002) e Estermann (1998), bem como outros autores secundários. Não vai funcionar com uma população ou de estudo de amostra.

O estudo é parte da pesquisa qualitativa tipo hermenêutico. A única técnica de estudo utilizado foi a análise documental, com um guia instrumento de análise. Com esta técnica, a pesquisa bibliográfica foi realizada ao longo de vários meses, identificando os principais princípios dos autores consultados e sistematizar, em seguida, de acordo com os seus objectivos.

A conclusão geral do estudo é a seguinte: A principal base doutrinal do atual sistema legal no Peru, de acordo com a análise, está na "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen, cujo abordagens correspondem ao direito positivo; enquanto o sistema legal que ainda sobrevive em muitas comunidades camponesas indígenas nos Andes do Peru e, particularmente, na região de Puno tem a sua base doutrinária no mundo andino, cuja abordagens correspondem ao direito consuetudinário.

Palavras-chave: Conflito, visão de mundo, lei, doutrina, a teoria do sistema legal.



INTRODUCCIÓN

En cada país existe un sistema jurídico que delimita la forma de organización social, económica y política de sus habitantes, así como su forma de manifestación y desarrollo. Este sistema jurídico está basado en alguna doctrina o teoría del derecho que la mayoría de la población desconoce por razones obvias, pero los operadores del sistema, como los jueces o magistrados, los abogados o defensores de oficio, están obligados a conocer.

En el estudio se aborda la teoría que sustenta el sistema jurídico del Perú formal y el sistema jurídico del Perú marginado o excluido, como son las comunidades campesino nativas del interior del país. En este sentido existen dos tipos de derecho, que en el entender de la autora del estudio, están en contradicción. Estos sistemas son, por un lado, el derecho positivo cuya doctrina central se encuentra en la "Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen; y por otro lado, el derecho consuetudinario, cuya doctrina se encuentra en la cosmovisión andina. Son dos formas diferentes de ver el derecho y la justicia, aunque los primeros se impusieron y lo siguen haciendo, sin resultados adecuados dentro de la población andina.



El informe de investigación que aborda esta temática se elabora de acuerdo al perfil previsto por la Escuela de Posgrado de la universidad, el mismo que comprende las siguientes partes:

En el primer capítulo se desarrolla todo lo referente al problema de investigación. Se empieza con una breve descripción de la realidad problemática para terminar en las interrogantes, la justificación y en los objetivos de investigación.

En el segundo capítulo se aborda todo lo relacionado con el marco referencial. Los componentes de este capítulo son los antecedentes de investigación que se pudieron encontrar en las universidades del país y del extranjero. El marco teórico es el otro componente donde se exponen las teorías relacionadas con las unidades, los ejes y subejos de estudio. Los conceptos básicos, las hipótesis y el sistema de variables cierran este capítulo.

El tercer capítulo está relacionado con el diseño metodológico del estudio. Aquí se determinan con claridad el tipo de estudio que se realizó, el objeto de estudio, las técnicas e instrumentos utilizados para recoger los datos, así como el procedimiento de la comprobación de la hipótesis general planteada.

El cuarto capítulo está destinado a los resultados de la unidad de estudio. Los resultados se presentan en forma ordenada empezándose con las características de la teoría de Kelsen y terminando en el análisis de cómo la teoría de este jurista se constituye en la base doctrinal del derecho peruano. También en este capítulo se identifican las posturas más representativas de Kelsen que subyacen en el sistema jurídico del Perú.

El quinto capítulo está dedicado a los resultados de la segunda unidad de estudio, es decir, a la cosmovisión andina como fundamento cosmogónico del



derecho consuetudinario. En este capítulo se caracteriza, en primer lugar, con argumentos contundentes, las características principales de la cosmovisión andina y, por otro lado, se analiza e interpreta el sistema jurídico del mundo andino. Aquí se explica el origen del derecho consuetudinario y por qué se manifiesta actualmente como un sistema vigente.

En el sexto capítulo se da a conocer los resultados del estudio referido a la tercera unidad, es decir, a las controversias entre los dos sistemas jurídicos. Primero se aborda las contradicciones entre las dos concepciones filosóficas, señalándose con claridad las diferencias existentes y, en segundo lugar, las diferencias en cuanto a la aplicación y sus efectos en la población usuaria. Uno de los análisis y resultados resaltantes de este capítulo es la vigencia del derecho consuetudinario en aquellas comunidades campesino nativas donde el derecho formal del Perú no se hace presente y, las pocas veces, que ejerció su influjo nunca resolvió los litigios de manera adecuada ni satisfactoria para las partes en conflicto.

El informe de investigación termina en las conclusiones que se plantean en función de los objetivos de estudio, en las sugerencias que se alcanzan considerando las conclusiones. Como parte final del informe, se anexan los modelos de los instrumentos de estudio utilizados y el relato de dos casos de la efectividad del derecho consuetudinario.

CAPÍTULO I EL PROBLEMA

1.1 Exposición de la situación problemática

Una de las teorías clásicas que sustenta la doctrina del derecho positivo, es sin duda, la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen, por consiguiente, es el representante más notable del positivismo jurídico del siglo XX. Kelsen es el intelectual más representativo del pensamiento jurídico contemporáneo. Su obra central es de obligatoria lectura para los estudiantes y docentes de derecho en las principales universidades del mundo. No es menos en las universidades del país y en las leyes que el Estado implementa y aplica. Esta es la razón por la que en esta propuesta de investigación se pretende demostrar que la justicia peruana se basa en esta teoría; en tanto que las poblaciones nativas, a donde no llega el Estado, el derecho y la administración de justicia se basan en la cosmovisión andina.

El padre del derecho positivo, Kelsen, a través de su postura teórica pretende limpiar el derecho de toda contaminación ideológica, de la corriente naturalista del derecho y todo elemento sociológico, como es el caso del derecho consuetudinario. Quiere purificar el derecho positivo, marcando límites de lo que



es derecho y de lo que no es. Sin embargo, en el entender de la autora de la presente investigación, esta postura es parcialmente cierta. Muchos estudiosos así lo demuestran, ya que Kelsen no considera la importancia, no solo teórica sino práctica, del derecho basado en la cosmovisión andina de los pueblos sudamericanos. Claro que se puede entender la postura de Kelsen por los desastres o consecuencias de la segunda guerra mundial, en la que la ideología fundamentalista de los nazis acabó con millones de seres humanos. Por consiguiente, existe actualmente una controversia entre el derecho positivo dominante con el derecho consuetudinario que intenta subsistir en las comunidades nativas.

La teoría pura del derecho de Kelsen presenta, en el entender de la autora de esta investigación, vacíos o fallas que se demostrarán en los resultados de la investigación. Entre algunos vacíos se encuentra el cuestionamiento al derecho consuetudinario que es el resultado de la tradición jurídica de los pueblos nativos que no son partícipes del sistema jurídico oficial del Estado. Este es el caso de los pueblos nativos de los andes del Perú a donde el Estado peruano aún no llega o está ausente con su sistema jurídico y no resuelve los problemas judiciales de tipo civil y penal que con frecuencia se presentan. El pretender que la administración debe basarse solo en la racionalidad de las normas para que sea verdadera justicia, colisiona con la cosmovisión andina que asume una concepción diferente y efectiva para resolver problemas penales y civiles.

El derecho en el mundo no puede depender de una sola legislación racional y formal como se pretende argumentar con la teoría pura del derecho de Kelsen. El reconocer que existen comunidades nativas, no solo en el Perú, sino en el mundo, significa que existen normas al margen del derecho formal y

que aún están vigentes con mucha efectividad. Este es el caso del derecho consuetudinario en las actuales comunidades nativas de los andes del Perú, especialmente, en la región Puno.

Además, la tipificación de un delito depende del marco jurídico con el que se aborda. La tipificación bajo el derecho formal vigente es diferente a la tipificación del poblador nativo respecto del mismo hecho. De la misma manera, la aplicación de las penalidades difieren diametralmente entre la jurisprudencia formal predominante en el país con la administración de justicia efectiva que actualmente se da en las comunidades nativas. Sin embargo, es el sistema jurídico formal, el único que se considera como el derecho legal y aceptable en el país, rechazándose el derecho consuetudinario que pervive aún en el mundo andino.

Como se puede ver, existen controversias entre las dos posturas. Los defensores del sistema jurídico positivo del país, que son la mayoría, consideran que los fundamentos de este sistema están resueltos con la teoría pura del derecho de Kelsen; pero para otros, que son los pocos, el derecho positivo presenta evidentes vacíos. Cada tipo jurídico tiene sus fundamentos basados en argumentos sólidos y en concepciones filosóficas importantes que es necesario develar a través de un estudio de análisis teórico, como el que se realizó en esta oportunidad.

1.2 **Formulación del planteamiento del problema**

1.2.1 Problema general:

¿En qué consiste la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen como base doctrinal de la justicia peruana y la cosmovisión andina como

fundamento del derecho consuetudinario, y cuáles son las controversias que existen entre ambos sistemas jurídicos?

1.2.2 Problemas específicos:

- a) ¿Cuáles son las características más representativas de la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen?
- b) ¿Qué planteamientos de la "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen constituyen la base doctrinal del sistema jurídico peruano?
- c) ¿Cuáles son los fundamentos cosmogónicos más representativos del derecho consuetudinario practicado en las comunidades campesino nativas de los andes del Perú?
- d) ¿En qué consiste el sistema jurídico consuetudinario del mundo andino?
- e) ¿Cuáles son las contradicciones más notorias entre las dos concepciones jurídicas?
- f) ¿Cuáles son las diferencias más notorias en la aplicación y en los efectos de los dos sistemas jurídicos?

1.3 Justificación de la investigación

El estudio que se realizó se justifica por cuanto las investigaciones acerca del derecho consuetudinario y su controversia con el derecho positivo son escasas en el país. Debido al predominio de la jurisprudencia oficial, la justicia



comunal es ignorada o dejada de lado. Hay casos en que las autoridades judiciales y los académicos del derecho consideran que la justicia comunal es ilegal. Las instituciones oficiales y sus autoridades ignoran que en el país existen muchas comunidades nativas que están al margen de la jurisprudencia oficial. En la mayoría de las veces esta marginación es debido a la ausencia del Estado y las pocas veces que se hace presente, no resuelve el problema.

Con la investigación se demostró que no basta la jurisprudencia oficial para resolver los problemas judiciales que miles de pobladores nativos del país afrontan a diario. Este es el caso de las comunidades nativas de la zona aimara del Departamento de Puno. En este departamento existen cientos de comunidades campesinas con poblaciones nativas que poco a poco van adquiriendo conciencia de su rol dentro del escenario nacional y, sobre todo, van revalorando su cultura ancestral. La conciencia en los valores sociales, morales y jurídicos que sus ancestros practicaron y que en la actualidad se manifiestan como alternativas de solución ante las deficiencias del derecho positivo, van replanteando la necesidad de nuevas formas de relación con el Estado formal u oficial.

Los resultados del presente estudio deben aportar en la revaloración del derecho consuetudinario a partir del análisis de la controversia con el derecho positivo con el que coexiste. Además, con el estudio se trata de cuestionar que a diario se da una alienación desenfrenada desde los medios de comunicación y desde las instituciones contra la concepción de las poblaciones nativas. Desde la perspectiva del desarrollo autónomo de las comunidades nativas, la alienación se convierte en un factor perjudicial que va tergiversando la naturaleza de la

justicia comunal. Con el estudio se reconstruirá el derecho consuetudinario de las comunidades nativas de los andes del país, diferenciándolas de aquellas normas que fueron manipuladas y presentadas como parte del precepto consuetudinario. Este es el caso de los linchamientos que durante estos últimos años se dieron en muchas comunidades andinas.

Por otro lado, los resultados de esta investigación deben fundamentar la reestructuración de los planes curriculares de las escuelas profesionales de Derecho. En las universidades del país las facultades o escuela profesionales de Derecho apenas abordan tangencialmente el derecho consuetudinario y hay universidades donde ni siquiera lo consideran como un antecedente. Con la investigación, por consiguiente, se busca promover la reestructuración curricular considerando como eje central del derecho peruano, el derecho consuetudinario de los pueblos originarios del Perú.

1.4 **Objetivos**

1.4.1 **Objetivo general:**

Determinar la naturaleza de la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen como base doctrinal de la justicia peruana y de la cosmovisión andina como fundamento del derecho consuetudinario, y establecer las controversias que existen entre ambos sistemas jurídicos.

1.4.2 **Objetivos específicos:**

a) Identificar las características más representativas de la "Teoría Pura del Derecho" de Han Kelsen.



b) Establecer los planteamientos que de la "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen constituyen la base doctrinal del sistema jurídico peruano.

c) Identificar los fundamentos cosmogónicos más representativos del derecho consuetudinario practicado en las comunidades campesino nativas de los andes del Perú.

d) Caracterizar el sistema jurídico consuetudinario del mundo andino.

e) Señalar las contradicciones más notorias entre las dos concepciones jurídicas.

f) Señalar las diferencias más notorias en la aplicación y en los efectos de los dos sistemas jurídicos.

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

2.1 Antecedentes de investigación

En el colegio de Posgraduados de la ciudad de Puebla, México, Rojas (2011) presenta una tesis referida a las diferencias entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario. En el objetivo general de la investigación se plantea analizar las diferencias más importantes en la aplicación del derecho positivo y el derecho indígena para sancionar los delitos, castigos y penalidades; así como, las instituciones formales y autoridades tradicionales, encargadas de aplicar en el grupo étnico Náhuatl del Municipio de Comonfort Guerrero, la justicia social. Se aplicó un cuestionario de preguntas a 122 indígenas internos en el Centro de Readaptación Social de Tlapa. Para el análisis de la información se realizó un análisis descriptivo de la información de los cuestionarios y con los datos se estimó las diferencias entre los derechos positivo y consuetudinario. Se encontró grandes divergencias entre la aplicación del derecho positivo y el derecho indígena. El primero tiene normas, instituciones, autoridades y procedimientos, muy complejos y burocráticos, así como en sus plazos y procedimientos. Sin embargo, en el derecho indígena las normas, instituciones, autoridades y procedimientos son conocidas, su sistema normativo es accesible y muy simple



sin tantas complicaciones y es rápido, es decir, es sumarásim. No se requiere de un abogado, como en el derecho positivo, sus sanciones, penalidades, multas y castigos son siempre con miras a la conciliación de las partes, teniendo como principio general el perdón de ambas partes, buscando siempre la armonía dentro de la sociedad. Cosa que no se busca en el derecho positivo, ya que este es unilateral y el derecho indígena es colectivo.

En la Revista "Cuadernos Filosóficos del Derecho" se publica un artículo científico de Schmill (2010), quien realiza un estudio para resaltar la vigencia de la postura teórica de Hans Kelsen, tomando como base el libro titulado: "Teoría Pura del Derecho". En este artículo arriba a la siguiente conclusión: Kelsen es el jurista del siglo XX. Sus trabajos son una importante contribución teórica, ante la cual hay que tomar posición. Quizá la actitud más conveniente, en este sentido, sea aquella que recomienda Popper: la actitud crítica. Pero esto implica que debe entenderse la teoría pura del derecho de modo completo y sistemático, de buena fe, sin deformarla, sin imaginarla ni darle una fisonomía que no tiene, hecha al tamaño especial del adversario. Sólo con esta base será posible poner un orden racional y crítico a la rapsodia de teorías jurídicas actuales, que sin conciencia histórica postulan hipótesis específicas para resolver problemas jurídicos particulares, no conectados sistemáticamente en ningún sentido. Uno de los más grandes méritos de la teoría kelsiana es precisamente el hecho de que proporciona un punto de vista unitario y sistemático para la comprensión del Derecho, el cual es un objeto muy complejo de estudio y relacionado en muchas y muy diferentes formas con otros objetos de estudio.



Más adelante señala Schmill (2010) que nada nuevo se dice cuando se afirma que hay que entender a Kelsen y tomar posición frente a la jurisprudencia pura. Pero a esto hay que agregar la siguiente exigencia: Las nuevas hipótesis jurisprudenciales que se postulen deben resolver los problemas tratados en la teoría pura del derecho, otros y nuevos o, por lo menos, depurar y desarrollar lo que ya se ha logrado. Debe exigirse una consciencia histórica a los investigadores, porque sólo de este modo puede constituirse una ciencia del derecho.

En la Universidad de San Carlos de Guatemala, Pérez (2007) realiza una investigación en el Área Ch'orti', del Municipio de Jocotán, del departamento de Chiquimula acerca del Derecho Consuetudinario indígena. En el estudio se propone analizar la naturaleza del derecho consuetudinario del pueblo indígena y sus diferencias con el derecho formal del Estado de Guatemala. Entre algunas conclusiones se destacan las siguientes: 1º El Derecho Consuetudinario indígena Ch'orti' en el Municipio de Jocotán, Chiquimula de Guatemala, en su aplicación o implementación no vulnera al sistema oficial de justicia del país, sino minimiza los expedientes en los tribunales, toda vez que las partes para dilucidar sus conflictos voluntariamente se someten a este sistema. 2º El Derecho Consuetudinario indígena Ch'orti' es un sistema que se practica entre los indígenas del área rural constantemente, y constituye un sistema regulador para resolver alternativamente los conflictos de la comunidad. 3º El debate, eminentemente oral, es el principal acto procesal en el Derecho Consuetudinario indígena Ch'orti', caracterizándose además porque la autoridad consuetudinaria



es miembro de la misma comunidad, se comunican en el mismo idioma y se guardan respeto, lo cual genera confianza en los sujetos procesales.

En la Universidad nacional Mayor de San Marcos de Lima, en un estudio relacionado con las rondas campesinas, violación de derechos humanos y conflicto con la justicia formal en el Perú, Valdivia (2010) arriba a estas conclusiones: La principal causa de intervención ronderil entre los años 2005 y 2008, en las provincias Ancashinas de Recuay, Huaraz, Carhuaz y Yungay, se produjo como consecuencia de la comisión de delitos en agravio de la comunidad campesina, en especial por el delito de abigeato, existiendo una costumbre arraigada por el uso del castigo ante los actos contrarios a los integrantes de la comunidad no obstante que la agresión fuera a uno de ellos. El castigo físico, el maltrato (violación al derecho a la integridad física y psíquica) y la retención (derecho a la libertad), se producen en tanto el intervenido no haya restituido inmediatamente lo robado.

En esta forma coactiva de justicia, si bien riñe con la ilegalidad formal, debe tenerse en consideración tres aspectos: Primero, estas zonas del país son zonas pobres y muy pobres (anteriormente llamadas de extrema pobreza) y que cada bien por muy humilde que tenga el campesino (un animal, por ejemplo), es sumamente valioso en su pobreza. El hecho que se atente contra este mínimo bien genera una respuesta violenta y coactiva del grupo social comandado por las Rondas Campesinas para evitar más sufrimiento al integrante de la comunidad que se ha visto afectado. En segundo lugar, existe un nivel de respeto a los derechos básicos, aquellos que sí pueden ser consensuados con los de la justicia formal o estatal. En este sentido, no obstante los resultados de la



investigación en cuanto a su conocimiento, se plantea que las rondas campesinas al regirse por una ley de la materia, se han integrado al sistema oficial, contra quien si bien hay una resistencia, es reconocida. De este modo, no se puede alegar ignorancia total de la norma o el respeto por derechos como a la vida y la integridad, derechos que ellos mismos protegen al interior de sus comunidades.

Por otro lado, en sus conclusiones señala Valdivia (2010), que los ronderos anteponen la justificación de la intervención justa, por la necesidad de imponer justicia, aunque no definen claramente la norma consuetudinaria aplicable. El tercer factor es la poca celeridad que tiene la justicia formal para atender los propios problemas que se generan en la comunidad, siendo las rondas campesinas, organizaciones encargadas de brindar protección, son los llamados a intervenir y solucionar dentro de su propio derecho. El problema surge cuando se asume estas funciones jurisdiccionales que la propia Constitución no les otorga conforme el artículo 149, donde sólo se le delega funciones de apoyo a la Jurisdicción Especial. En este extremo hay ciertamente responsabilidad compartida del Estado, ya que no obstante después haber transcurrido más de 20 años de promulgada la Constitución, y con la realidad ronderil existente en el país, no se ha hecho nada por modificar dicho artículo constitucional.

En la Universidad de Chile, Acevedo (2010), en un estudio referido al reconocimiento del derecho propio indígena en la República de Chile, concluye que el Estado de Chile minimiza la importancia de la cultura indígena para nuestro país. Se olvida de nuestros orígenes y trata al pueblo indígena como un



pueblo sin derecho propio, que debe adaptarse incondicionalmente al ordenamiento jurídico imperante. A diferencia de legislaciones como la boliviana, no reconoce la existencia de formas de administración propias, ni de propiedad ancestral de tierras y de aguas, por lo que, el Fallo de Toconce, analizado en el capítulo III, constituye un caso de extrema relevancia, pues son los Tribunales de Justicia, los que por primera vez, reconocen la validez del derecho propio indígena en nuestro país.

En otra investigación presentada en la Universidad de Chile, Correa y Díaz (2003) realizan un estudio acerca del dominio y su precariedad en el derecho indiano. En este estudio concluyen que las elucubraciones intelectuales formuladas por clérigos y pensadores a miles de kilómetros de distancia de la América Española, afectaron de manera tan evidente la vida jurídica cotidiana de los habitantes de las Indias. Estos, a través de su actuar y casi sin darse cuenta, dieron cuerpo y vida al más evidente reflejo de la influencia del pensamiento económico cristiano, configurando la culminación de un proceso iniciado más de diez siglos atrás, con la labor recopiladora de los primeros escolásticos, piedra sobre la cual se edificó el desarrollo de una corriente de pensamiento que hasta el día de hoy hace sentir su influencia, aun cuando nunca de una manera tan marcada como lo fue durante la época que abarcó este trabajo.

Finalmente, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Chillihuani (2012) presenta una investigación referida a las rondas campesinas del Perú como una alternativa de justicia en las zonas rurales alto andinas, tomándose como caso al pueblo de Ocongate. En esta investigación señala que la ronda

campesina de Ocongate en su inicio tuvo una relación difícil con las autoridades representativas del gobierno, como la Policía Nacional, el Juzgado de Paz, la Gobernación, entre otros. La reacción fue de rechazo aduciéndose que estaban cometiendo usurpación de funciones. Pero con el tiempo, los jueces de paz suelen solicitar a las rondas que apliquen la disciplina a tal o cual delincuente que ellos previamente juzgaron. Es decir, estos jueces que antes solo contaban con la policía nacional, ahora solicitan la participación de las rondas campesinas: de esta manera, en Ocongate, los jueces de paz complementan su trabajo con las rondas campesinas, permitiendo que estas apliquen sanciones y realicen investigaciones, reservándose para sí la tarea de decidir los procesos judiciales.

2.2 **Marco teórico**

2.2.1 La "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen como base doctrinal de la justicia peruana

El título con el que se encabeza este acápite corresponde a la primera unidad de investigación. Se trata de determinar la naturaleza o el carácter de la propuesta teórica de uno de los clásicos del derecho a nivel mundial, Hans Kelsen. Este jurista mundial expone su postura central acerca del derecho en su libro titulado: "Teoría Pura del Derecho", una doctrina que en el entender de muchos expertos, como Santos (2002), viene a ser la columna vertebral del derecho positivo en el mundo.

En el Perú, la doctrina de Kelsen se constituye en la base fundamental del conjunto de leyes que el congreso y el poder ejecutivo elaboran y promulgan, es decir, la jurisprudencia del Perú está basada en



la teoría de Kelsen, tal como se demostrará con los resultados del presente estudio.

Cuando se habla de "teoría", se asume la postura de Calvo (2004), quien señala que la teoría es el conjunto de conocimientos hipotético deductivos, sistemáticamente elaborados, que abordan un aspecto de la realidad. En este caso, cuando se habla de derecho, esos conocimientos elaborados se refieren al campo de las ciencias jurídicas. Por su parte Prieto (2014) deja entender que la teoría es la explicación sistemática de un aspecto de la realidad y, cuando se refiere al derecho, es el conocimiento elaborado que analiza, explica y propone acerca de todos los elementos constituyentes de esta disciplina. En este estudio se asume la postura del primer autor, es decir, la teoría como un conjunto de conocimientos hipotético deductivos, elaborados sistemáticamente, acerca de una determinada realidad.

El otro término es "derecho". El término "derecho" proviene de la palabra latina "directum". Esta palabra etimológicamente significa aquello que está conforme a la ley, a la norma o a la regla. Luego, esta conformidad con la ley o la norma, permite desarrollar los postulados de justicia que constituyen los parámetros de la existencia de una institución. Con el tiempo, el término se llega a manejar como el conjunto de normas que regulan la conducta humana dentro de una sociedad y que se basan en los principios de justicia. Núñez (1999) sostiene que el derecho es aquel conjunto de conductas realizadas de acuerdo a unas



normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos que de ella surgen.

Para el estudio que se realizó, el término “derecho” se utiliza con el significado de conjunto de normas que regulan las decisiones y conductas de los miembros de una determinada sociedad. Luego, estas normas pueden ser de consenso o pueden ser impuestos por quienes se encuentran en el poder. Además, estas normas tienen un origen o fundamento que los sostiene como tales y que los justifican. Por consiguiente, en el Perú es correcto sostener que existen dos tipos de normas, tal como dejan entender Ruiz y otros (2011). Por un lado las normas positivas dadas por el congreso y por las instituciones facultadas para ello y, por otro lado, las normas existentes en las comunidades o pueblos nativos del Perú, basadas en las tradiciones y concepciones cosmogónicas.

El otro término es “doctrina”. Según Prieto (2014) el término doctrina tiene muchos significados, sin embargo, para el caso de la disciplina del derecho, este término es equivalente a la teoría que constituye su columna vertebral, es decir, la teoría fundamental en la que se basa su propuesta y práctica cotidiana. Es una especie de eje central del paradigma positivista en el campo del derecho. En este caso, para la autora del estudio, la doctrina que constituye el eje central del derecho peruano, es la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen y, en general, es la doctrina del derecho positivo en el mundo.

Mientras que Rojas (2007) asume que la doctrina del derecho consuetudinario es la cosmovisión andina, es decir, la base de las normas jurídicas de los pueblos andinos es su cosmovisión. No existe una teoría elaborada expresamente (en libros) para dar fundamento a las normas de los pueblos originarios del mundo andino del Perú, Ecuador y Bolivia.

En este estudio se asume que la teoría de Kelsen es la doctrina en la que se basa, fundamentalmente, la justicia peruana; mientras que la justicia que se practica en aquellas comunidades nativas donde el Estado tiene escasa presencia, su basamento se encuentra en la cosmovisión.

Como ya se dijo, la síntesis de la postura teórica del derecho de Kelsen se expresa en su obra cumbre: "Teoría Pura del Derecho", obra traducida a todos los idiomas del mundo y leído por todos los estudiantes, docentes e investigadores del campo del derecho. Por consiguiente, para conocer esta teoría es necesario, primero, identificar sus características principales y, luego, señalar los postulados más representativos que se constituyen en la base doctrinal de la justicia peruana.

a) **Características de la teoría:** Toda teoría tiene determinadas características que lo configuran o determinan su naturaleza. En este sentido, el término característica se refiere a las cualidades o virtudes más representativas de un fenómeno o evento, en este caso de la teoría de Kelsen. Al respecto Schmill (2010) señala que toda teoría para que sea tal tiene un conjunto de características peculiares que lo distinguen de otras.

En efecto, en este estudio cuando se habla de las características de la "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen, se habla de las concepciones básicas y de las propuestas jurídicas de la teoría mencionada. Según Rubio (2010), la teoría, como conjunto de conocimientos sistemáticamente contruidos y que abordan un tema de la realidad, está conformada por concepciones o postulados, así como por planteamientos basados en la concepción. De la misma manera, Prieto (2014) sostiene que las teorías se diferencian porque conciben de una determinada forma el asunto que les interesa de la realidad y, en base a esa concepción, plantean las estrategias de abordaje.

Por eso, en este estudio se supone que la teoría de Kelsen tiene un conjunto de concepciones o postulados que lo caracterizan y lo diferencian de otras. ¿Cuáles son esas características? La respuesta a esta interrogante fue el objeto de estudio cuyos resultados se dan a conocer en este informe de investigación (Tesis). Por otro lado, toda teoría plantea estrategias o métodos para abordar la realidad objeto de la concepción teórica, con el fin de modificarla. Este es el otro componente de las características de la teoría de Kelsen que será investigada. Kelsen plantea propuestas fundadas en su concepción acerca de cómo se debe elaborar la norma jurídica en una sociedad democrática y formalmente organizada.

b) **La teoría de Kelsen como base doctrinal de la justicia peruana:** En el presente estudio que se realizó, se supone que la teoría de Kelsen es la base doctrinal del marco jurídico del Perú. Esta suposición

se basa en los planteamientos que acerca de este tema esgrimen muchos autores. Uno de ellos es Muñoz (1999), quien señala que las leyes que se elaboran en un país siempre están basadas en alguna teoría que los legisladores asumen o invocan. Este es el caso de las leyes que en el Perú se promulgaron y constituyen actualmente el marco jurídico de la administración de justicia.

En toda norma, por principio lógico, subyace una determinada concepción basada en alguna teoría vigente o pasada. Como deja entrever Monroy (1994), quienes proponen y elaboran las leyes no están exentas de una concepción jurídica que siempre encuentra su base en alguna teoría del derecho, aquella que tiene postulados y principios bien fundados. Por eso, aquí se asume que el derecho peruano no está libre de los postulados teóricos de Kelsen. Esos postulados que sustentan la doctrina del derecho peruano, fueron los objetos de estudio de la presente investigación.

Por otro lado, la estrategia de aplicación de las normas que tiene que ver directamente con la administración de justicia no es una propuesta aislada de los postulados o principios que sobre el particular existen. En cada país se establece, tal como señala Muñoz (2010), una norma que regula los procedimientos judiciales. Es una especie de flujograma de los pasos que se deben seguir para demandar la administración de justicia.

2.2.2 La cosmovisión andina como fundamento filosófico del derecho consuetudinario

Con este título se designa a la segunda unidad o variable de estudio. La cosmovisión andina, según deja entender Ballón (2002), es la interpretación que una determinada cultura tiene acerca del mundo que lo rodea. Desde que el hombre vive sobre la tierra, cada grupo u organización humana tuvo una concepción o una visión del mundo que le rodea y, según esa visión, explican su existencia.

En la época precolombina, en el Estado Inca, en el coloniaje y en la actualidad, se tiene una determinada concepción acerca del mundo donde se vive. Los descendientes del Estado Inca aún perviven en la mayoría de las comunidades nativas de los andes del Perú, así como en las comunidades selváticas del Amazonas. Estas comunidades aún conciben el mundo sociocultural donde viven, en los términos como sus ancestros entendieron o interpretaron. Muy a pesar del predominio de la cultura de la globalización y de toda la alienación que ello conlleva, en la mayoría de estas comunidades la concepción cosmogónica aún pervive.

La supervivencia de la cosmovisión en las comunidades andinas da lugar a una forma de concebir las normas de convivencia. Estas normas, al tener un origen cosmogónico colisionan con las normas del Estado formal cuya concepción deviene de la cultura occidental y se manifiesta en la teoría del derecho. En este estudio se trata de analizar y desentrañar estas contradicciones aún prevalecientes y determinar la

importancia del derecho consuetudinario, especialmente, en las comunidades nativas donde el Estado brilla por su presencia jurídica.

La forma de concepción del mundo de los habitantes nativos constituye su filosofía andina. Claro está que para los filósofos occidentales, en el mundo andino del Perú y de Sudamérica, no existe ninguna filosofía; pero en el entender de Estermann (1998), la filosofía, como una forma de concepción del mundo y de la vida, tiene una existencia vigente. La filosofía andina es oral, en tanto que la filosofía occidental es escrita. Esta es la única diferencia entre las dos culturas en pugna desde la llegada de los españoles al mundo andino del Perú.

a) **Características del derecho consuetudinario:** Así como el derecho positivo tiene sus características básicas, el derecho consuetudinario también cuenta con características que lo configuran como tal. Este tipo de derecho, como sostiene Ballón (2002), comprende una concepción que está basada en la cosmovisión y, por lo tanto, hay una forma de concebir y ejecutar las penas o castigos, así como hay una forma de organización de la administración de justicia. En contraposición al derecho positivo que sustenta la forma de administración de justicia en el Perú, coexiste el derecho consuetudinario que sustenta la administración de justicia en aquellas comunidades nativas u originarias a donde no llega o tiene escasa presencia el Estado.

El derecho consuetudinario es el conjunto de normas basadas en la costumbre ancestral. Para Flórez (2010) se trata de las normas que regulan naturalmente la justicia comunal de los pueblos indígenas

desligados de la justicia estatal. Por su parte Bolton (2010) considera que el derecho consuetudinario es el derecho no escrito que está basado en la costumbre jurídica ancestral. Para este autor, el derecho consuetudinario nace de la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontánea y natural dentro de una comunidad nativa. Con el tiempo y con la práctica constante, los actos jurídicos espontáneos y naturales alcanzan un consentimiento tácito y adquieren la fuerza de ley por su largo uso dentro de la jurisdicción comunal correspondiente.

En el estudio que se realizó se asume que el derecho consuetudinario está conformado por normas jurídicas que tienen su origen en los hechos que se han producido repetidamente en el transcurso del tiempo en una comunidad nativa. Es decir, el origen de las normas de la justicia comunal es la costumbre arraigada entre los miembros de la comunidad a lo largo de su existencia y que se van transmitiendo de generación en generación a través de su práctica cotidiana. Según Karp (2008), esta práctica tradicional debe ir en armonía con la moral y con las buenas costumbres. No se puede aceptar ni tendría fuerza de una buena ley consuetudinaria si se atentase contra la vida, la libertad y la igualdad.

Si se analiza comparativamente las normas de las diferentes culturas existentes en el mundo y que de alguna forma están desligadas del derecho positivo que implementa el Estado, tal como deja entender Ochoa (2002), se encontrará que existen diferencias marcadas en la forma de administración de justicia. Esto es debido a que la concepción del derecho es diferente y porque las ideas en las que se basan se

distinguen notablemente. De la misma manera se puede señalar respecto de la concepción y aplicación de la pena, así como respecto de la forma cómo la comunidad se organiza para aplicar la norma jurídica.

Entre la administración de justicia del derecho positivo y del derecho consuetudinario, deja entender Peña (1998), existen diametrales diferencias que es necesario identificar para proponer alternativas de solución y asumir una postura más coherente a la realidad peruana. Son dos realidades diferentes que no se encuentran en igualdad de condiciones. Por un lado, como deja entender Condori (2013), se tiene a todo un aparato estatal que no alcanza administrar justicia adecuadamente en todos los espacios sociales y, por otro lado, la organización comunal que no recibe la presencia del Estado, donde el derecho basado en la costumbre ancestral, resulta muy efectiva, pero que es cuestionada por el derecho oficial.

b) **Fundamentos del derecho consuetudinario:** Como ya se dijo, el derecho en toda sociedad humana se basa en una determinada doctrina. Esta doctrina puede ser una teoría muy bien elaborada, como es el caso de la teoría en la que se basa el derecho positivo o puede ser una cosmovisión, como es el caso del derecho consuetudinario. Cuando se habla de los fundamentos del derecho consuetudinario, se habla de la concepción cosmogónica en la que se fundan las normas de una comunidad nativa. Es la respuesta a la pregunta siguiente: ¿Por qué en una comunidad nativa estas normas son más efectivas que la jurisprudencia positiva del Estado? Según Miceli (2012), entre las varias

respuestas que se pueden dar a esta pregunta, se destacan algunas características de la concepción andina. Entre algunas características se pueden señalar la conservación de los recursos naturales, el control de la biodiversidad, la cooperación, la vida comunal y el panteísmo. Estos componentes de la cosmovisión andina constituyen el objeto de estudio en el presente proyecto de investigación que la autora se propone realizar.

De la misma manera, Alanoca (2012) deja entender que las normas ancestrales de una comunidad nativa, como es el caso de las comunidades aimaras en la Región Puno, buscan el buen vivir entre sus miembros, la cooperación y la conservación del medio ambiente.

Un elemento común de las comunidades nativas en el mundo, es la conservación y el respeto a la naturaleza. Todo lo contrario sucede con la cultura basada en la ciencia y en la tecnología moderna. Mientras las comunidades nativas viven como integrantes de la naturaleza, los individuos modernos buscan sacarle provecho a la naturaleza como si fuesen entes ajenos a su existencia. Como sostiene Bolton (2011), esta es una diferencia que marca las fronteras entre el modo de vida de una comunidad nativa y una comunidad moderna basada en la ciencia y la tecnología "capitalista".

La vida urbana y, en general, la vida moderna se caracteriza por la dinámica evolutiva de las empresas capitalistas que buscan el lucro al margen de las necesidades de la población. El eje central de la vida moderna es el crecimiento económico a toda costa, a través de las operaciones multifacéticas de las empresas y del sistema financiero. A



este propósito se suman los medios de comunicación, las instituciones educativas, las instituciones privadas y públicas que son direccionadas por las empresas lucrativas. El parámetro del desarrollo de un país o de una región, es el crecimiento económico y material.

Todo lo contrario sucede en una comunidad nativa, donde el parámetro es la vida comunal y el bienestar de todos. Para este efecto, como sostiene Miceli (2012), es imprescindible la armonía con la madre naturaleza. El diario vivir de las comunidades nativas se da a través y por medio de la naturaleza. A diario se experimentan vivencias junto a la naturaleza como son los cerros, los ríos, los sembríos, los bosques, las lluvias, los truenos, las heladas, el sol, las nubes, los granizos, etc. La vida de una comunidad nativa no se puede concebir al margen de la relación dependiente de la madre naturaleza.

Según Condori (2013), los pobladores nativos han aprendido a convivir con el medio geográfico, con el ambiente climático y, por eso, ancestralmente saben conservarlo y saben controlarlo en la medida de sus necesidades de vida social. Aquí surge el panteísmo del nativo, es decir, el hecho de darle vida supra-terrenal a los fenómenos de la naturaleza como son los relámpagos, los truenos, las heladas, al astro sol, a los cerros o montañas, etc. En algún momento de la vida de los ancestros nativos, a estos fenómenos de la naturaleza, le otorgaron la categoría de dioses, surgiendo así el politeísmo que es una característica, por ejemplo, de la cultura Pre-Inca e Inca en el Perú. Hoy en día, los descendientes de los pueblos indígenas del Perú aún conservan esta



concepción que viene siendo alienada por la cultura occidental que se difunde arbitrariamente por los medios de comunicación y por las instituciones públicas y privadas. }

La armonía con la naturaleza dio lugar, como señala Flores (2010), a un conjunto de preceptos que a lo largo del tiempo se constituyeron en el derecho consuetudinario, es decir, en normas de costumbre comunal. Este es el caso de la trilogía moral de los incas: Ama Sua (no seas ladrón), Ama Llulla (no seas mentiroso), Ama Quella (no seas ocioso). Esta trilogía moral tiene su origen en las culturas pre-incas como consecuencia de la interrelación del hombre andino con la naturaleza.

La infracción a estas normas morales, según Karp (2008), no era castigada, como sucede actualmente con las normas positivas, sino enmendada y reparada, ipso facto, según la decisión de las autoridades comunales y con la participación de toda la comunidad. En este sentido la administración de justicia en las comunidades nativas no tiene carácter punitivo, sino carácter reivindicativo.

Más adelante señala Karp (2008), la vida comunal de los nativos sudamericanos fue de cooperación y reciprocidad. La armonía con la naturaleza era, a su vez, la armonía con los congéneres. Es imposible concebir a los hombres andinos en divorcio con la madre naturaleza así como una vida social divorciada entre ellos. Es una condición sine qua non de la vida comunal armoniosa que les exigía, a su vez, la cooperación natural y, por lo tanto, el respeto mutuo. Este respeto mutuo fue la base

de la inexistencia de la apropiación ilícita de los bienes de otros, lo que es una característica de las sociedades occidentales.

Como se puede deducir de estas formas de concebir la vida en los habitantes del mundo andino, el derecho consuetudinario se funda en la cosmovisión de sus habitantes, lo que difiere notablemente de la concepción de las normas del derecho positivo. Esta diferencia de concepciones y de las normas que de ella emanan, se generan controversias que para los juristas occidentales está superada, pero para los defensores de la cultura nativa, aún es un tema que está pendiente de resolución.

Por consiguiente, el estudio que se realizó busca resaltar esta controversia y, junto a ella, busca reivindicar el derecho consuetudinario que aún está vigente en aquellas comunidades nativas a donde el Estado no llega con la justicia formal y, si está presente, no resuelve, sino, todo lo contrario, lo agrava e interrumpe la vida y el desarrollo de la comunidad.

c) **El Derecho Consuetudinario Comparado:** La cultura andina se manifestó y se desarrolló a lo largo y ancho de todo el Tahuantinsuyo, espacio territorial en el que tuvo vigencia el Gobierno Inca. Según Rostworonski (2011), el Tahuantinsuyo comprendió lo que actualmente corresponde a los territorios de Ecuador, Venezuela y Colombia por el Norte; en tanto que por el Sur, comprendió lo que actualmente corresponde a Chile, Argentina y Bolivia. El Tahuantinsuyo, según la autora señalada, estuvo constituido por cuatro suyos o regiones: Por el



Norte el Antisuyo, por el Oeste el Chinchasuyo, por el Este el Collasuyo y por el Sur, el Contisuyo. La ciudad del Cusco era la capital del Imperio de los Incas y se encontraba en el centro de los cuatro suyos, es decir, en la capital del Tahuantinsuyo, convergían las cuatro regiones.

Por eso, Estermann (1998) sostiene que la filosofía andina abarca todas las poblaciones nativas que actualmente viven en los territorios de Perú, Ecuador, Colombia, Chile y Bolivia. Inclusive deja entrever que las pequeñas poblaciones nativas de Argentina (zona oeste, donde se habla aún el aimara), así como de Venezuela (zona oeste, donde se habla aún el quechua), siguen cultivando restringidamente los valores ancestrales de la cultura andina, basada en la cosmovisión holística.

En aquellas comunidades nativas, de acuerdo a los estudios de Ballón (2002), las leyes del Estado, brillan por su ausencia con frecuencia, tal como sucede en el Perú. Sólo cuando hay la comisión de delitos que son abordados por los medios de prensa o son denunciados por los nativos ante las autoridades extra-comunales, el Poder Judicial interviene, pero generalmente al margen de la naturaleza contextual del delito. Los casos concretos de Derecho Consuetudinario de los demás países, que son muy similares a los que suceden en el Perú, no se consideran en el presente estudio, porque no es el propósito central de la investigación.

Sin embargo, lo que se tiene a disposición son las constituciones de cada uno de estos países que consideran, en la mayoría de los casos, de manera tangencial y ambigua, la potestad jurisdiccional del Derecho Consuetudinario. En cada uno de los gobiernos de los países señalados,

hay la preocupación por brindar algún nivel de jurisprudencia a sus comunidades nativas para que puedan administrar la justicia conforme a su sistema jurídico; sin embargo los resultados no son satisfactorios desde las expectativas de los pueblos originarios. Como se ve en las líneas siguientes, esta preocupación es más demagógica que objetiva; ya que los artículos dedicados al Derecho Consuetudinario son preceptos muy genéricos que, a excepción de Bolivia, en ninguno de los demás países señalados, incluyendo el Perú, tuvieron efectos satisfactorios para las poblaciones originarias. (Ballón, 2002).

Como se sabe, en toda Constitución Política se expresan las concepciones políticas de los líderes y organizaciones vivas de cada país. Por eso, hagamos una revisión a las constituciones de los países señalados:

Constitución Política de la República del Ecuador: En el Art. 62, se prescribe lo siguiente:

La cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad. El Estado promoverá y estimulará la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica. Establecerá políticas permanentes para la conservación, restauración, protección y respeto del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de la nación, así como del conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica. El estado fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas.

Según este artículo de la Constitución de Ecuador, el Estado respetará la diversidad de culturas y lo fomentará; sin embargo, de acuerdo a los estudios que nos da a conocer Bolton (2011), en la realidad este artículo es sólo una declaración de buen deseo porque no se implementaron las medidas para que aquellos pueblos originarios tengan, por ejemplo, potestad jurisdiccional según su Derecho Consuetudinario.

En cuanto a la educación, en el Art. 69, se prescribe que "el Estado garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe, en él se utilizará como lengua principal la de la cultura respectiva, y el castellano como idioma de relación intercultural". Sin embargo, del 100% de la población escolar bilingüe de Ecuador, sólo el 15% de los escolares se benefician actualmente con una educación bilingüe intercultural, lo que permite sostener que el Art. 69 de la Constitución de ese país es sólo una buena intención que aún no se hace realidad en forma total.

Finalmente, en el Capítulo 5, referido a los derechos colectivos, en la Constitución Política de la República de Ecuador, Art. 83, se prescribe que "los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible". Y luego, en el Art. 84, se establece que el Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y de ejercicio de la autoridad.

La población originaria o nativa de Ecuador es porcentualmente similar a la cantidad de población nativa de Perú. En ambos países sus

constituciones sólo mencionan en algunos artículos, en términos de buena intención, los derechos de los pueblos nativos. En las dos constituciones, de Perú y Ecuador, es inexistente una contundente prescripción para otorgar potestades jurisdiccionales a las comunidades nativas que aún ejercen con efectividad su Derecho Consuetudinario.

Constitución Política de la República de Bolivia: El país donde más importancia efectiva se dio a las comunidades nativas es, sin duda, en la República de Bolivia. Con la asunción al poder de Evo Morales Ayma, un dirigente indígena de los cocaleros de Cochabamba, el 22 de enero del 2006, las comunidades nativas tuvieron en la Constitución Política de su país, artículos mucho más comprometidos con su derecho consuetudinario. La actual Constitución de Bolivia, promulgada el 7 de febrero del año 2009, considera muchos artículos en favor de las comunidades nativas, los que se vienen implementando con la permanencia de Evo Morales en la Presidencia de la República por un segundo periodo (Del 22 de enero de 2010 al 22 de enero de 2015).

En el Capítulo cuarto, referido a los derechos de las naciones y "pueblos indígena originario campesinos", Art. 30, inciso I, se prescribe lo siguiente:

Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

En este artículo constitucional, se establece con suma claridad qué se entiende por un pueblo indígena y se delimita su existencia como parte importante del Estado Boliviano, lo que es ausente en las demás constituciones de los países donde aún subsisten las comunidades campesinas nativas. Este es el caso de Perú.

Más adelante, en el inciso II, del mismo artículo, se prescribe que en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con la Constitución, las naciones y "pueblos indígena originario campesinos" gozan del derecho a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión, al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

En la sección III, referidas a las culturas, la Constitución de Bolivia señala lo siguiente:

Artículo 98. I. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado plurinacional comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.

II. El estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones.

III. Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país.

En este artículo de la Constitución Boliviana se observa que el Estado otorga un marco jurídico importante a las comunidades

campesinas nativas de Bolivia, lo que no se ve en las constituciones de Perú, Ecuador ni de Colombia. Al parecer es necesario que el gobierno esté en manos de un indígena que haya vivido dentro de la culturas nativas para, estando en el poder, se pueda expresar en las normas constitucionales el marco doctrinal y jurídico necesarios para permitir decisiones conforme a la cosmovisión que se asume ancestralmente.

Se puede sostener, en consecuencia, que en Bolivia el Estado considera como eje central de su sistema político, la existencia y actividades de las comunidades campesinas nativas. Además, se puede afirmar, que sus pueblos originarios son reconocidos como la base de su soberanía.

En cuanto se refiere al Derecho Consuetudinario, se registran artículos mucho más contundentes y efectivos que las constituciones de los países vecinos que cuentan con pueblos originarios, como es el caso de Perú. Así se tiene que en el Capítulo cuarto, relacionado con la jurisdicción indígena originaria campesina, se tiene los siguientes artículos que consideramos importantes mencionar.

Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 191.I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

- Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.*
- Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.*
- Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.*

Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

De los artículos transcritos se deduce que en la Constitución de Bolivia se les da potestad jurisdiccional a las comunidades nativas, para

que según su Derecho Consuetudinario, puedan juzgar; mientras que en el caso de Perú y de Ecuador sólo son menciones tangenciales y en términos de tutelaje.

En cuanto se refiere a las condiciones mínimas de la jurisdicción comunal, sólo se plantea el respeto a los derechos humanos universales como el derecho a la vida. En este sentido, también en el Perú existe esta condición, así como en la Constitución de Ecuador. Pero como se verá en el análisis que se haga de los dos tipos de derechos, el derecho consuetudinario no es asunto solo de tutelaje. Y en cuanto se refiere a los mecanismos de coordinación entre el Estado y el Derecho Consuetudinario, en la República de Bolivia se establecen con claridad, lo que no existe en el caso de Perú ni de Ecuador.

Constitución Política de Colombia: En el caso de Colombia la indiferencia es muy notoria respecto de los derechos e intereses de las comunidades nativas. En su actual Constitución Política apenas se hace una mención en términos de un sistema jurídico que es ajeno al otorgamiento de algún tipo de potestad jurisdiccional. Hay una clara tendencia paternalista del Estado sobre las comunidades nativas.

En el Art. 330, de la actual Constitución de Colombia, se establece lo siguiente:

De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

- *Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.*
- *Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan de Desarrollo Nacional.*
- *Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.*
- *Percibir y redistribuir sus recursos.*
- *Velar por la preservación de sus recursos naturales.*
- *Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.*
- *Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno Nacional.*
- *Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y*
- *Las que le señalen la Constitución y la ley.*

Según el artículo transcrito, el Estado Colombiano crea una especie de Consejos Comunales para que administren las poblaciones indígenas de acuerdo a los preceptos de la Constitución Política. No existe una clara disposición en el sentido de otorgar a las comunidades nativas algún nivel o tipo de potestad jurisdiccional. Se puede afirmar que Colombia es la otra orilla (otra concepción política) frente a la Constitución de Bolivia donde la autonomía de los pueblos indígenas para ejercer el Derecho Consuetudinario es una realidad efectiva.

De las tres constituciones analizadas, más la Constitución de Perú, se deduce que el único país donde el Derecho Consuetudinario de los pueblos originarios es reconocido adecuadamente, es en Bolivia. Una de

las razones es el nivel de organización campesino nativa que constituye una fortaleza importante en las decisiones políticas del Estado Boliviano. Mientras que en Perú, Ecuador y Colombia, las organizaciones campesino nativas son débiles o fraccionadas.

El otro factor es el porcentaje de población campesino nativa que habita en estos países. De acuerdo con Bolton (2010), el primer país con mayor población indígena es Bolivia, seguido por Perú y Ecuador, y luego, en tercer lugar, se tiene a Colombia, Venezuela, Chile y Argentina, países cuyos territorios conformaron parte del Tahuantinsuyo.

Como se puede derivar de este breve análisis, el factor más determinante es el rol del gobierno de turno. Sólo en Bolivia se tiene un gobierno dirigido por un indígena auténtico, es decir, que nació, creció y se formó dentro de la vida de una comunidad campesino nativa. Se trata de Evo Morales Ayma, actual presidente de Bolivia.

3.2.3 Controversias entre los dos sistemas jurídicos

En el presente estudio se asume que entre los dos tipos de derecho existen controversias que se deben resaltar debido a la existencia de comunidades nativas en los andes del Perú a donde el Estado apenas llega, pero solo para agravar los problemas judiciales. El Ministerio de Justicia asume que la jurisprudencia es única y válida para todos los pobladores peruanos, olvidándose que existen comunidades nativas a donde no llega este sistema jurídico. En los lugares donde se registra la

presencia del Estado, surge otro problema, el problema de la incomprensión de la cultura viva de la comunidad.

Como señala Ardito (2011), por un lado, la ausencia del Estado con su jurisprudencia deja a los pobladores nativos con su derecho consuetudinario; pero, por otro lado, la presencia del Estado colisiona con la forma cómo los pueblos originarios conciben el derecho y administran su justicia, generándose conflictos insalvables que aún no se resuelven hasta ahora. Mientras tanto la vida de los pueblos nativos sigue su dinámica evolutiva, sin que las instituciones del Estado puedan encontrar una alternativa jurídica sin atentar contra la cultura nativa. No se puede seguir, en estos tiempos del siglo XXI, el mismo camino del genocidio de los españoles contra el Estado Inca, aunque pareciera que ese es el propósito del Ministerio de Justicia del Perú.

Por consiguiente, en el presente estudio, siguiendo a Karp (2008), hay dos sistemas jurídicos que están en constante colisión, especialmente en aquellas comunidades nativas donde el Estado es apenas perceptible. En un país con estas contradicciones tiene que promoverse el pluralismo jurídico como la vía más coherente y objetiva.

Según Ardito (2011), en los países donde sobreviven culturas distintas, no se puede pretender imponer una sobre la otra. Se tiene que buscar estrategias y políticas sociales que permitan la convivencia pacífica entre las culturas diferentes, sin atentar contra la soberanía del país. Este es el caso del Perú, donde coexisten de manera desigual y subordinada varias culturas. La cultura dominante es la que asume el



Estado peruano, olvidándose de las culturas nativas como el los quechuas y aimaras, así como las culturas que aún sobreviven en la Amazonía Peruana.

Cada una de estas culturas tiene su forma de concebir el mundo y la vida. Ballón (2002) deja entender que la cultura occidental que sustenta la jurisprudencia del Estado Peruano, tiene muchos estudios y es parte del currículo de estudios tanto en la educación básica y superior; sin embargo, la concepción de las culturas nativas se va perdiendo en la medida en que sus habitantes van siendo alienados por la cultura dominante y solo quedan constreñidas a la sabiduría oral de sus habitantes mayores. Al no darse la importancia del caso, no se registran en los textos ni se considera como tema de estudio en las instituciones educativas. Esta es la desventaja que pocos advierten y, por eso, ignoran de su importancia en el campo del derecho.

Desde el Ministerio de Justicia se entiende que las normas son únicas para todo el país y, según ellas, se deben ejecutar todos los procedimientos de justicia. Se olvidan que en los pueblos nativos existen normas diferentes que, en la mayoría de los casos, son más efectivas que las normas del Estado. Esta diferencia de las normas, como ya se dijo, tiene su origen en las concepciones distintas que subyacen en estas culturas. Estas diferencias son el objeto de estudio que en el presente informe de investigación que plantea la autora.

2.3 Marco conceptual

a) **Teoría:** Es el conjunto de conocimientos sistemáticamente elaborados que abordan un tema de la realidad. En el caso de la presente investigación se refiere a la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen que viene a ser la doctrina principal del derecho positivo.

b) **Cosmovisión:** Se refiere al tipo de interpretación que las comunidades nativas tienen acerca del mundo andino donde viven y que deviene de sus ancestros. De otra manera se puede señalar que es la concepción que los habitantes del mundo andino tienen acerca del medio donde viven y a partir de ella interpretan todos los demás componentes de su cultura.

c) **Derecho:** Son las normas que regulan la vida de los seres humanos organizados en una determinada sociedad y que están basadas en los principios de justicia.

d) **Doctrina:** Es el modelo teórico que fundamenta un conjunto de normas o leyes en un determinado país. En el caso del presente estudio esta doctrina viene a ser la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen que viene a ser la base principal del derecho peruano.

e) **Controversia:** Son las contradicciones que existen entre las dos concepciones que dan lugar a diferentes maneras de entender la administración de justicia. En el caso del presente estudio, se refiere a la concepción occidental que da lugar al derecho positivo y la concepción cosmogónica de los pueblos originarios que da lugar al derecho consuetudinario.

f) **Sistema jurídico:** Es la jurisprudencia que comprende un conjunto de normas, instituciones, procedimientos y estrategias de administración de justicia que caracteriza a una determinada sociedad. En el caso del estudio se refiere al sistema jurídico del Perú y al sistema jurídico de los pueblos originarios.

2.4 Hipótesis

2.4.1 Hipótesis general:

La "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen consiste en concepciones jurídicas que se manifiestan en forma de postulados positivistas que constituyen la base doctrinal del sistema jurídico peruano; en tanto que la cosmovisión andina es el fundamento filosófico del sistema jurídico consuetudinario, que consiste en creencias ancestrales vinculados con la madre tierra; y entre estos dos sistemas jurídicos existen controversias notables que se manifiestan en sus concepciones jurídicas, en su aplicación y en sus efectos.

2.4.2 Hipótesis específicas:

a) Entre las características más representativas de la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen se destacan su postura pseudocientífica y el rechazo de la moral.

b) Los planteamientos que de la "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen constituyen la base doctrinal del sistema jurídico peruano son la existencia de una norma mayor en la que se funda las demás leyes



menores y la separación de la moral al momento de dictarse una sentencia.

c) Los fundamentos cosmogónicos más representativos del derecho consuetudinario practicado en las comunidades campesino nativas de los andes del Perú, se encuentran en sus principios y normas básicas de convivencia.

d) El sistema jurídico consuetudinario del mundo andino consiste en concepciones cosmogónicas acerca de las normas y la administración de la justicia.

e) Las contradicciones más notorias entre los dos sistema jurídicos se encuentran en las concepciones que los sustentan.

f) Las diferencias más notorias en la aplicación y en los efectos de los dos sistemas jurídicos se encuentran en el factor tiempo, en los procedimientos y en los beneficios de la administración de justicia.

2.5 Sistema de unidades, ejes y subejos

UNIDADES	EJES	SUBEJES
1 La "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen como base doctrinal de la justicia peruana	1.1. Características de la teoría de Kelsen	<ul style="list-style-type: none"> - Concepciones básicas - Propuestas jurídicas
	1.2. Bases doctrinales del derecho peruano	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis de los sustentos de la doctrina del derecho peruano - Análisis de los sustentos de la administración de justicia peruana
2 La cosmovisión andina como fundamento del derecho consuetudinario	2.1. Fundamentos del derecho consuetudinario	<ul style="list-style-type: none"> - Concepción del derecho - Concepción de la pena o el castigo - Concepción de justicia en la cultura andina - Concepción filosófica andina basada en la pachamama y el simbolismo (principios y normas)
	2.2. Sistema jurídico del mundo andino	<ul style="list-style-type: none"> - Organización para la administración de Justicia - Vigencia de la administración de justicia en los pueblos originarios
3 Controversias entre los dos sistemas jurídicos	3.1. Contradicciones entre las dos concepciones	<ul style="list-style-type: none"> - Concepciones jurídicas en las dos concepciones - Naturaleza de las normas en las dos concepciones
	3.2. Diferencias en la aplicación y en los efectos de los dos sistemas jurídicos	<ul style="list-style-type: none"> - Formas de aplicación en los dos sistemas jurídicos - Efectos de la aplicación de los dos sistemas de justicia

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Método de investigación

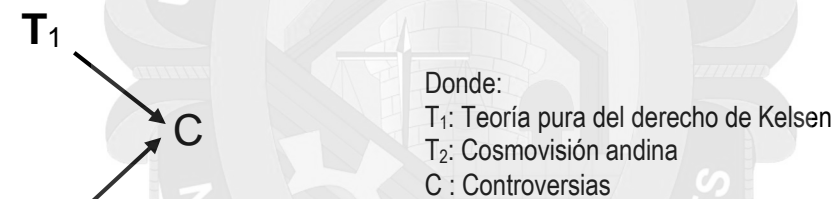
Este término, según Pérez (2011), tiene origen griego y tiene el significado de “arte de interpretar”. En efecto, se trata de interpretar la teoría de Kelsen y la cosmovisión andina para identificar las controversias existentes. Para Camacho (2012), el método hermenéutico es un procedimiento que busca analizar exhaustivamente un texto para identificar su idea central y sus componentes. De la misma manera Cárcamo (2005), señala que el método hermenéutico tiene como propósito hallar las ideas centrales o el sentido de un escrito en el que subyace una determinada concepción. Para este efecto el intérprete, en este caso la investigadora, debe desprenderse de su tiempo, de sus juicios personales e intentar lograr una contemporaneidad con el texto de referencia y el autor mismo, interpretándolos lo más fielmente posible.

Por su parte Charaja (2012), sostiene que el método hermenéutico se utiliza con frecuencia para interpretar, bajo un determinado supuesto, las creaciones teóricas respecto de la realidad, las creaciones artísticas, los sentimientos y actitudes de los seres humanos. En el caso del presente estudio se utilizó para interpretar, según las hipótesis planteadas, la teoría pura del

derecho de Kelsen y los tratados existentes acerca del derecho consuetudinario, realizando un proceso interpretativo de análisis, síntesis y argumentación.

3.2 Diseño de la investigación

La investigación que se realizó corresponde a las investigaciones cualitativas de tipo hermenéutico. Según Álvarez (2003), las investigaciones que analizan teorías para demostrar una tendencia o un supuesto que se quiere sostener, corresponden a las investigaciones teórico dogmáticas o jurídico dogmáticas. Este es el caso del estudio que aquí se propone. El esquema en el que se resume este diseño es el siguiente:



Según este diseño, se analizó y sintetizó, de acuerdo a los objetivos e hipótesis planteados, la teoría de Kelsen (T₁) y la cosmovisión andina (T₂); luego, se analizó identificando las controversias existentes entre los dos sistemas jurídicos (C), con la finalidad de probar la hipótesis central planteada. Por consiguiente, la investigación realizada no considera datos estadísticos ni fuentes objetivas consistentes en poblaciones o muestras de personas de quienes se haya obtenido datos o referencias acerca de determinados aspectos considerados. Tal como el diseño se revela a sí mismo, la investigación corresponde a la línea de los estudios hermenéuticos, propio de la investigación en el campo del derecho.

3.3 Tipo de investigación

Según el propósito de la investigación el tipo es básico. Para Álvarez (2003), el tipo básico se caracteriza porque los resultados de la investigación son conocimientos acerca de las variables de estudio. Estos conocimientos sirven para incrementar, recrear o replicar los estudios que ya existen. En el caso de la presente investigación se alcanzan conocimientos teóricos como resultados del análisis e interpretación de la teoría de Kelsen, del derecho consuetudinario y de las controversias que existen entre ambos sistemas.

Según la estrategia de investigación para recoger los datos, el tipo de investigación es "no experimental". Para Palomino (2010), en esta investigación no se prepararon las condiciones de investigación ni se manipularon las variables o unidades de estudio. Las fuentes de datos fueron los documentos existentes acerca de la teoría de Kelsen y del derecho consuetudinario. Estas fuentes fueron obtenidas a través del sistema internet, en las bibliotecas de las universidades y mediante adquisiciones directas por parte de la investigadora.

3.4 Nivel de investigación

El nivel de investigación al que pertenece el presente estudio que se realizó, es el nivel explicativo. Según Tafur (1995), las investigaciones del nivel explicativo interpretan una determinada realidad o un asunto dado, a partir de un conjunto de causas que la originan. Además, esta interpretación implica el análisis y la síntesis de acuerdo a un supuesto que el investigador asume. En el caso del estudio realizado se analizó las dos doctrinas para, luego, contrastarlas identificando sus diferencias y explicando las mismas.

3.5 Corpus de estudio

En vez de una población y muestra de estudio, que habitualmente se consideran en las investigaciones cuantitativas, en esa oportunidad se investigó textos escritos, dado que el estudio corresponde a un diseño cualitativo de tipo hermenéutico. Por eso, según Hernández y otros (2006) señalan que las investigaciones hermenéuticas tienen como objeto de estudio a textos escritos o documentos. Se trata, como deja entender Witker (1995), de la interpretación de libros donde los autores expresan sus ideas o argumentos respecto de un determinado asunto. Este es el caso del presente estudio, por consiguiente, el objeto o corpus de estudio está dado, principalmente, por los siguientes textos:

- Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.
- Filosofía Andina de Josef Estermann
- Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico de Carlos Ochoa.
- Justicia Comunal en el Perú de David Flórez.
- Justicia Comunal en los Andes del Perú: Caso Calahuyo de Antonio Peña.

En consecuencia, no se investigó ninguna población ni muestra de personas, sino un corpus teórico. En este sentido la investigación corresponde a las investigaciones cualitativas de tipo hermenéutico.

3.6 Técnicas e instrumentos de investigación

La técnica de investigación utilizada para recoger los datos fue el análisis de contenido, cuyo instrumento viene a ser la ficha de análisis.

3.6.1 Análisis de Contenido

Ander (2003) deja entender que existen técnicas de investigación de acuerdo al propósito del estudio. En este caso, cuando se trata de interpretar dos concepciones expresadas en documentos escritos, se debe utilizar una técnica de interpretación que, en este caso, viene a ser la técnica del análisis de contenido. Esta técnica, según Charaja (2012), consiste en una secuencia de análisis textual para identificar lo que el autor quiere expresar en sus escritos. Esta secuencia lógica debe seguir un plan previamente diseñado. Por su parte Cáceres (2003) señala que esta técnica es el análisis controlado de textos siguiendo reglas analíticas de contenido y modelos paso a paso.

Por consiguiente, la técnica del análisis de contenido es un procedimiento que se sigue paso a paso según un plan previamente diseñado. Este plan viene a ser el instrumento de la técnica que, en el caso del estudio que se realizó, se denomina: Ficha de Análisis (Ver Anexos).

3.6.2 Ficha de Análisis

Es el instrumento de investigación que se utilizó para recoger los datos referidos a las tres unidades de investigación (variables). Consiste en criterios de interpretación deducidos de los objetivos. No fueron preguntas ni ítems que debían ser resueltos por una determinada muestra de personas o una población prevista. Los datos se recogieron de textos

escritos de acuerdo a unos criterios previamente establecidos en la ficha de análisis (Ver anexos).

3.7 Fuentes de investigación

Las fuentes de investigación fueron primarias y secundarias. Entre las fuentes primarias se tuvo a la "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen (2010) y los tratados acerca del derecho consuetudinario de Ochoa (2002) y de Estermann (1998). Estas fuentes primarias fueron complementadas por fuentes secundarias, es decir, por tratadistas que interpretan a Kelsen así como por tratadistas que abordan la temática del derecho consuetudinario.

3.8 Verificación y contrastación de hipótesis

La comprobación de la hipótesis central planteada en el estudio, no fue a través de un modelo estadístico, como se estila con frecuencia en las investigaciones cuantitativas. Por eso, debido a que esta investigación no corresponde al paradigma cuantitativo, sino cualitativo, la prueba de hipótesis fue de carácter argumental, es decir, la hipótesis central, así como las específicas, fueron probadas con los postulados, principios y planteamientos teóricos encontrados en los textos que se tomaron como corpus teórico de estudio. (Grondin, 2008)

Los señores jurados no deben olvidar que el presente estudio es de carácter hermenéutico, correspondiente a las investigaciones doctrinales del campo del derecho. Por esta razón no se muestran cuadros estadísticos ni gráficos de ilustración

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE Kelsen COMO BASE DOCTRINAL DE LA JUSTICIA PERUANA

4.1 Características de la teoría de Kelsen

En este estudio se asume que el sistema jurídico del Perú se funda doctrinalmente en la teoría de Hans Kelsen, a quien se le considera como el padre del derecho positivo. Kelsen es autor de la "Teoría Pura del Derecho", en donde asume una postura que se inscribe en la corriente del formalismo jurídico, en el enfoque normativista y, por tanto, dentro del derecho positivo.

Según Bobbio (2006), Kelsen es de origen judío, nacido en Praga, actual Capital de la República Checa. Fue profesor de derecho en varias universidades a lo largo de su vida. Tras la debacle del imperio austro-húngaro tuvo la oportunidad de redactar la Constitución Política de 1920 de Austria. También se desempeñó como magistrado de la Corte Suprema de Austria. Debido al estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), abandona Europa y se refugia en los EEUU, donde ejerce la docencia en las universidades de Harvard y Berkeley. Como es lógico suponer, fue opositor de los regímenes totalitarios de su época, como el nazismo y el marxismo, pero también, fue un sutil antiliberal.

4.1.1 Concepciones básicas y propuestas jurídicas

Durante su recorrido profesional, Kelsen buscó delimitar el derecho como un sistema autónomo, que no tenga ninguna influencia de la sociología, de la antropología, de la psicología, etc. Quiso delimitar al derecho como una ciencia del espíritu de carácter formal y libre de influencias. Por eso, durante toda su vida intelectual se dedicó a desprestigiar la doctrina del derecho natural, como algo irracional y caduco frente al derecho positivo. Tuvo como propósito convertir al derecho en una verdadera ciencia del espíritu humano. Con este propósito definió al derecho como un producto de la voluntad del legislador, descartando cualquier otra fuente que no fuese la voluntad del hombre.

Seguidamente, se resume, de manera clara y concreta, las principales características de esta teoría. Estas interpretaciones, como es de suponer, pueden divergir con otras que sobre el particular existen.

1ª Influencia del kantismo: De la postura central de Kelsen, en su obra cumbre "Teoría Pura del Derecho", que fue influenciada por la concepción filosófica de Manuel Kant. Este filósofo alemán defendió la idea de que el mundo es creado por el hombre, es decir, que la realidad no existe, sino en la mente de las personas. Por eso, según Ugarte (2007), Kelsen dudó de la existencia del mundo exterior. Esta influencia kantiana sustentó su concepto de que las leyes deben ser dadas por el hombre.

2ª Independencia de la teoría del derecho: El eje central de la propuesta teórica de Kelsen es su intención de convertir a la disciplina del derecho en una disciplina independiente de todos los factores o elementos

extraños. Dentro de los elementos extraños se destacan la psicología, la sociología, la ética y de todos aquellos factores que pudieran intoxicarla o enturbiarla. Es decir, su intención fue convertir al derecho en una disciplina pura, de ahí que a su teoría central la denomina "teoría pura del derecho".

Respecto de esta característica, Kelsen (2010), señala lo siguiente:

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. (p. 19)

3ª *Concepción positiva de la norma*: Para Kelsen la "norma es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite, y, en especial, se autoriza un comportamiento" (p.19). La norma es positiva en la medida que es creada en función de otra norma superior, que en el caso concreto de un país, sería su carta magna o su constitución política. En este sentido Kelsen no es claro ni preciso, simplemente habla de una norma superior en la cual debe basarse las normas. Por otro lado, para Kelsen la norma alude a un "deber ser" o lo que debe ser en materia de conducta humana, es decir, el sentido que deben tener las acciones humanas.

4ª *Diferencia entre el ser y deber ser (entre lo que es y lo que debe ser)*: Esta característica es el fundamento del derecho positivo de Kelsen. En su Teoría pura del derecho sostiene que "la distinción entre ser y deber no puede ser explicada más de cerca, se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia" (p. 19). Más luego señala: "Nadie puede negar que



la afirmación de que algo es -esto es el enunciado con el que se describe un hecho real-, es esencialmente diferente al enunciado que dice que algo *debe producirse*" (p.20).

En el primer caso, Kelsen deja en claro que lo "que es", no se puede confundir ni se puede concebir como fenómenos cercanos, con lo que "debe ser". Son dos fenómenos distintos que ya están dados. En el segundo caso, estos dos fenómenos son evidentemente diferentes y que nadie puede negar. Para nosotros Kelsen hace una distinción entre la realidad dada (lo que es=ser), con la propuesta respecto de esa realidad (lo que debe ser= deber ser). La norma positiva y, por consiguiente, el derecho positivo corresponde al "deber ser", es decir, lo que debe ser la conducta de los seres humanos en un determinado contexto.

Sin embargo, según deja entender Ugarte (1995), Kelsen comete el gran error de separar el "ser" del "deber ser", ya que ambos, más bien, están unidos por la existencia del "ser". Es el "ser" quien proyecta durante su existencia su "deber ser", es decir, el "deber ser" es la proyección de la existencia del "ser". Ambos elementos están unidos por el cordón umbilical de la vida. De la misma manera se puede decir que una sociedad dada es el "ser" y lo que "debe ser" es su proyección natural de seguir viviendo o existiendo. Por consiguiente, es un error de concepción separar dos eventos que, más bien, se manifiestan unidos. Esto quiere decir, de otra manera, que el sistema jurídico es la manifestación real y objetiva de la vida de una determinada sociedad.



5ª *Fundamentación de la norma y norma fundante*: Según Kelsen, para que una norma sea válida debe fundarse en una norma superior. En uno de los pasajes de su teoría señala que "la validez de una norma solo puede encontrarse en la validez de otra norma" (p.201). Esa otra norma viene a ser la constitución política, una especie de norma suprema que no tiene donde basarse. Aquí Kelsen no esgrime una explicación sustentable e irrefutable. Este es uno de los vacíos profundos de su teoría. Lo que dice al respecto es lo siguiente: "Como norma suprema tiene que ser *presupuestada*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aun superior" (p. 202).

En consecuencia, toda norma positiva tiene que fundarse en otra norma superior (fundación de la norma) y la norma que sirve como norma suprema, la ley de las demás leyes, viene a ser la constitución (norma fundante). Sin embargo, para la norma suprema no hay la norma fundante, solo se sostiene que debe ser presupuestada, lo que da lugar a serias dudas respecto de la misma validez de la teoría de Kelsen.

En otro momento, se esgrime la existencia de una norma suprema, única y válida para todos, de carácter internacional; pero inmediatamente surge el cuestionamiento de la otra norma más elevada que la norma internacional en la que ésta se pueda fundar, lo que da lugar a una autoridad metajurídica que en este caso vendría ser Dios o la naturaleza. De esta manera en el fondo de la teoría de Kelsen estaría su propio verdugo o su propio contrasentido, su cuestionamiento irrefutable. Así

resulta en vano las críticas acervas contra la teoría del derecho natural, contra la que Kelsen luchó toda su vida.

6ª *Relación entre norma y valor*: Según la postura de Kelsen la norma es la que determina el valor de la conducta. Si ésta se manifiesta de conformidad con la norma prescrita, la conducta es buena; pero si es contraria a la norma, la conducta es mala. Desde este punto de vista, la norma se presenta como arbitraria. Esto es así porque la norma positiva es creada por la voluntad del hombre, por consiguiente, lo que en determinado contexto social puede ser prohibido, como el caso de la pena de muerte, en otro país puede ser considerado como una medida de máxima pena.

7ª *El derecho como sistema coactivo*: Una característica sobresaliente del derecho positivo que postula Kelsen, es la naturaleza coactiva del sistema jurídico, el mismo que es ejercido por una institución jurídica formalmente constituida. Esta característica es la que diferencia al derecho positivo de los demás sistemas sociales como la moral. De esa manera el derecho es una suerte de seguridad social y un orden de paz. Por eso Kelsen sostiene que "la paz es la ausencia del uso físico de la fuerza" (p.51). El acto coactivo es considerado como reacción frente a una determinada conducta humana, prohibida por el derecho positivo.

8ª *El derecho vs la justicia*: Para Kelsen el derecho no tiene ni puede tener como objeto la justicia, debido a que no hay una moral

absoluta ni objetiva. El distintivo principal del derecho es su carácter coactivo, es decir, la exigencia a comportarse de acuerdo a la norma prescrita, de lo contrario será pasible de sanción prevista en la norma. Aunque el concepto de "justicia" es polisémico, es decir, cada disciplina concibe desde su postura epistemológica de diferente manera; sin embargo, en lo que la mayoría está de acuerdo es que el concepto de justicia es una categoría moral. Dar a cada cual según lo que le corresponde o dar a cada cual según la razón y la verdad, vendría a ser un razonamiento moral.

9º *La eficacia de la norma como criterio de validez:* Debido a que en cada país existen diferentes maneras de concebir la justicia, la norma jurídica no puede responder a las diferentes concepciones, sino a los términos que prescribe, por consiguiente, el derecho es coactivo; mientras que la justicia es de carácter moral. Son fenómenos diferentes. Por consiguiente, el sistema jurídico del derecho positivo es igual que el sistema jurídico de una banda de delincuentes. La diferencia solo radica en su eficacia.

Los seguidores de la concepción de que el derecho es un sistema de justicia consideran que la diferencia, entre las normas del estado y de una banda de ladrones, es la justicia. La lógica aquí es la siguiente: Mientras el Estado es justo, los ladrones, no. Ante esta concepción Kelsen sostiene que la diferencia no radica en la justicia, sino en la eficacia. Si las normas de la banda de ladrones adquieren mayor relevancia y es aceptada por la mayoría de la población se convertirá en una norma



eficaz. Es decir, se trata de cuánta población está dispuesta a comportarse según tal o cual norma para que tenga validez en un determinado contexto social y tiempo.

Los primeros cuestionamientos frontales contra Kelsen surgen con aquellos hechos históricos muy notables, como es el caso del ascenso del nazismo de Hitler en Alemania, el totalitarismo de Stalin (estatismo radical) en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), etc. Según aquellos hechos históricos, las normas jurídicas de estos regímenes totalitarios fueron correctas, dado que para Kelsen el sistema jurídico nada tiene que ver con la justicia. De esta manera Kelsen promueve una teoría que fundamentó los dos sistemas monstruosos que la historia universal registra.

Ante este cuestionamiento irrefutable, Kelsen tuvo que admitir su error y rectificarse, señalando que en el principio de efectividad del derecho había una excepción. Esta excepción se refiere a la capacidad de los hombres de observar la eficacia de las normas en virtud de la razón. Con esta excepción que agrega a su teoría, la pureza de su teoría pura del derecho se viene abajo. Como se puede inferir, su teoría es contaminada por elementos sociológicos del derecho. Claramente se advierte que su exceso de abstracción formalista le trajo este problema insalvable. La validez formal del derecho no es todo; también cobra importancia la efectividad real de un sistema jurídico que tiene que acoplarse coherentemente con la cultura de la sociedad donde se pretende ejercer el derecho.

Por eso, Popper con mucha razón denunció, en su *Sociedad Abierta* (1945), que la teoría pura del derecho de Kelsen es una pseudociencia como el marxismo o el freudismo, cuyos postulados son considerados por sus autores como enunciados irrefutables. La ciencia, como deja entender Ppopper, no trabaja con enunciados irrefutables ni absolutos.

4.2 **La teoría de Kelsen como base doctrinal del derecho peruano**

La doctrina del derecho es un conjunto de teorías que fundamentan un determinado sistema jurídico. Al respecto Zapatero y Garrido (2008), señalan lo siguiente:

La doctrina está constituida por un conjunto de opiniones adecuadamente argumentadas de especialistas entendidos en derecho y que se manifiestan en un cuerpo teórico sistemáticamente elaborado, que los sistemas jurídicos asumen o consideran como sus fundamentos doctrinales. Ningún sistema jurídico carece de una base doctrinal donde funde sólidamente sus normas. (p.43)

Por consiguiente, siguiendo a estos autores, el derecho peruano tiene una base doctrinal que es el objeto de análisis en este acápite. Aquí se trata de evidenciar las bases doctrinales donde se funda el sistema jurídico del país. Por sistema jurídico se entiende al conjunto de leyes y normas que conforman el derecho peruano. Son tantas las normas, que en la mayoría de las veces ni los jueces están al tanto. Esta es una de las razones por las que muchos funcionarios que delinquen quedan impunes, así como muchos delincuentes comunes.

4.2.1 Análisis de los sustentos doctrinales del derecho peruano

En el estudio que se pone a consideración del jurado se considera que la mayoría de los postulados que sustentan la doctrina del derecho peruano tienen su origen en la teoría de Kelsen.

1º *Las leyes son dadas por el poder legislativo*: El sistema jurídico del país es dada por el poder legislativo y, algunas veces, por el poder ejecutivo cuando recibe facultades para legislar en asuntos concretos. En los casos en que el gobierno es de facto, es el poder instituido el que legisla dando las leyes que ve por conveniente. En este sentido el derecho peruano es de carácter positivo. Kelsen (2010) sostiene, respecto del derecho positivo, lo siguiente:

El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. (p.122)

El conjunto de leyes, basado en la constitución política del país, fueron creadas por una institución que se llama poder legislativo. Esas leyes creadas no consideran las culturas andinas que conciben de otra manera el derecho y la justicia; tampoco se considera a las poblaciones migrantes de las principales ciudades del país. Las leyes son creadas dentro de la concepción divisionista del "ser" y "deber ser", es decir, los legisladores, se desconectan de la realidad socioeconómica y cultural del país y plantean las leyes pensando solo en el "deber ser", característica típica de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

2º Las leyes son consideradas como elementos coactivos: Una de las características del derecho positivo de Kelsen, es la naturaleza coactiva del sistema jurídico, el mismo que es ejercido por una institución jurídica formalmente constituida. Esta característica es la que diferencia al derecho positivo de los demás sistemas sociales como la moral y, en este caso, de la cosmovisión andina. El derecho es concebido como una suerte de seguridad social y un orden de paz. Por eso Kelsen sostiene que "la paz es la ausencia del uso físico de la fuerza" (p.51).

Este es el caso de las leyes y normas del sistema jurídico del Perú. Se hablamos del Código Procesal Penal (CPP) o del reglamento de tránsito, son preceptos coactivos que delimitan la conducta de las personas en términos de lo que está prohibido y en términos de lo que está permitido. Todas esas normas fueron creadas por el órgano legislativo o por la institución correspondiente, basadas en la Constitución Política del país (norma fundante).

3º Las leyes responden a la concepción del deber ser. Tal como se caracterizó la teoría de Kelsen, este jurista hace una distinción entre la realidad dada (lo que es = ser), con la propuesta respecto de esa realidad (lo que debe ser = deber ser). La norma positiva y, por consiguiente, el derecho positivo corresponde al "deber ser", es decir, el cómo debe ser la conducta de los seres humanos en un determinado contexto social.

Este es el caso de las leyes y normas del sistema jurídico del país. Todo el sistema de leyes y normas, como sostiene Calvo (2004), si son creadas por el órgano legislativo a través de representantes que no

reflejan las concepciones culturales ni los intereses de la sociedad a la que dicen representar, adquieren la connotación de normas puestas o dadas al margen de las expectativas e intereses de la población. Desde este punto de vista, las leyes y normas son puestas de acuerdo a la elucubración legislativa de los supuestos representantes del pueblo. De esto se infiere que el sistema jurídico del país se sustenta en la doctrina de la teoría pura del derecho de Kelsen.

En el Perú, como deja entender Peña (1998), las leyes se hicieron para viabilizar el desarrollo de los sectores sociales que están en el poder o guardan estrecha relación con sus planes de dominación. Las grandes masas de poblaciones originarias del interior del país están lejos de encontrar en el sistema jurídico formal (derecho positivo), las vías de su desarrollo integral. En este sentido, el sistema jurídico peruano asume la teoría de Kelsen, es decir, el "ser" que viene a ser la realidad de los pueblos originarios no se refleja en el "deber ser", ya que siguiendo a Kelsen, entre estos dos fenómenos no hay relación de causa efecto ni mucho menos algún tipo de relación.

Por otro lado, el sistema jurídico como resultado del "deber ser" fue creado por un grupo de legisladores que, como se puede ver en la administración de justicia que se ejerce en el país, está muy lejos de los avatares socioeconómicos de los pueblos originarios.

4º *La constitución como norma fundante*: Según Kelsen, para que una norma sea válida debe fundarse en una norma superior. En uno de los pasajes de su teoría señala que "la validez de una norma solo puede

encontrarse en la validez de otra norma" (p.201). Esto es, para que las leyes y normas del sistema jurídico del país sean válidas tienen que fundarse en una norma superior, y esa norma vendría a ser la constitución política. Es decir, para que las normas sean tomadas como válidas basta que sean fundadas en la carta magna, pero la pregunta que al respecto debe hacerse, es la siguiente: ¿En dónde se apoya la Constitución? Se puede suponer que se funda en la dinámica evolutiva de la sociedad peruana; pero, ¿de toda la sociedad peruana? o solo de algunos sectores sociales. ¿Están considerados los pueblos originarios de los andes del Perú en cuanto a sus expectativas de desarrollo?

4.2.2 Análisis de los sustentos doctrinales de la administración de justicia

La administración de justicia es una función pública derivada de la soberanía del Estado, la que es ejercida por los jueces y magistrados para aplicar las sanciones a quienes hayan infringido el sistema de derecho vigente en el país. Como deja entender Calvo (2004), todo sistema de administración de justicia responde a un conjunto de concepciones o a una determinada doctrina que subyace en el fondo y le da sustento.

En este acápite se busca identificar algunos de estos sustentos doctrinales que tienen su origen en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

1º *La constitución es la fuente única de validez final de la aplicación de las demás normas inferiores:* Al respecto Kelsen (2010) sostiene lo siguiente:

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden. (p.111)

Cuando Kelsen (2010) habla de norma fundamental, claramente se refiere a la Constitución Política de un país. En el caso del Perú esta Constitución viene a ser la del año 1993 y sus modificatorias posteriores. Todas las leyes, normas o reglamentos que se dieron a partir de la Constitución del 93, en el caso del Perú, conforman el sistema jurídico con el cual opera el Ministerio de Justicia para administrar este orden jurídico en todo el país.

Las comunidades originarias desconocen este orden jurídico y se conducen bajo sus propias normas consuetudinarias, lo que los hace vulnerables ante el sistema jurídico formal que se impone desde el gobierno a través del Ministerio de Justicia y sus órganos correspondientes.

2º Todo sistema jurídico no prescribe en detalle las formas de decisión ante casos concretos: Cuando se habla de "sistema jurídico" se habla, según la teoría de Kelsen (2010) del "orden jurídico". Los casos delictivos o de infracción de las leyes o normas por parte de la población son diversos y variados. El orden jurídico imperante en el país, no

específica para estos casos las medidas que los jueces deben tomar. Se les da un margen de discreción para que en cada caso tomen las decisiones más "justas". Al respecto Kelsen (2010) sostiene, textualmente, lo siguiente:

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. (p.130)

Sin embargo, la mayoría de los jueces, por no decir todos, asumen decisiones bajo el influjo de la teoría del derecho positivo, es decir, en el mejor de los casos, asumen una postura normativista, y, en el peor de los casos, una postura influida por las concepciones positivistas o doctrinas de la jurisprudencia influida por la globalización. Sería extraño que partan de una cosmovisión andina que es la otra concepción que sustenta un orden jurídico diferente y, por consiguiente, una forma diferente de administrar la justicia, tal como se da todavía en muchas comunidades originarias del país.

3º *La normas prescritas generalmente son polisémicas por su naturaleza positiva:* En la mayoría de las veces las normas que se refieren a un determinado hecho están redactadas con ambigüedad y, por esta razón, dan lugar a varias interpretaciones. En estos casos, los jueces, según su marco teórico y sus creencias jurídicas, interpretan de diferente

manera un mismo caso. Esa es una característica del derecho positivo que caracteriza a la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo.

El derecho peruano no es ajeno o no es distinto, sino, todo lo contrario, es su característica principal. La base de esta característica se encuentra en la teoría pura del derecho de Kelsen (2010), quien a este respecto, sostiene lo siguiente:

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. (130)

Por lo tanto, la interpretación que el juez haga de una norma para resolver un hecho delictuoso, no siempre va solucionar dentro del marco subjetivo considerado justo. Así, en vez de encontrar la solución al problema, lo va empeorar, como sucede con frecuencia los tantos casos que se presentan en los distritos judiciales del interior del país. Esto ya fue advertido por Kelsen (2010), quien sostiene lo siguiente:

La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. (p.131)

4º *El sistema jurídico no siempre permite la solución justa:* En el Perú y en el mundo, el orden jurídico oficial no siempre alcanza la solución correcta o justa. Sin embargo, se da por resuelto el asunto, dejando en la frustración a los que demandaron la justicia, salvo que la decisión del magistrado le sea favorable. Esa es una característica del derecho positivo que impera en el mundo y que tiene su fundamento en la teoría de Kelsen, quien respecto de este punto, sostiene lo siguiente:

El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. (p.133)

Es decir, se está aceptando, que los que en última instancia determinan si se resuelve con justeza o no un litigio, son las personas que aplican la ley o, en su defecto, son las decisiones políticas de quienes están en el poder. De esta manera las leyes tienen sus vericuetos emocionales e intereses ocultos que al final siempre se justifica con la norma directa o la indirecta. El clamor de justicia de la parte afectada se diluye en los avatares o papeleos de las normas y oficinas burocráticas del sistema judicial. Este es el derecho positivo de Kelsen, que en el presente estudio es contrapuesta por el derecho consuetudinario de los pueblos originarios del Perú.

5º *La sentencia es fría según la naturaleza del derecho positivo respecto de las connotaciones socioemocionales y culturales:* En el país y en el mundo, la aplicación del sistema jurídico es fría, es decir, no se

toma decisiones en función de las situaciones emocionales o culturales. Los magistrados siempre asumen ante los litigantes la postura de la autoridad que aplica la ley, al margen de las situaciones personales. Esa postura tiene su base doctrinal en la teoría de Kelsen (2010), quien señala lo siguiente al respecto:

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho. (p.36)

Sin embargo, los hechos contradicen esta postura de la teoría pura del derecho de Kelsen. Tal como sostiene Bobbio (2006), todo acto humano siempre tiene connotación emocional o sentimental. De La misma manera toda decisión de una autoridad judicial, está influenciada por sus preconceptos y sentimientos que subyacen en su pensamiento respecto de los litigantes y respecto del caso que se ventila. Aparte del tipo de interpretación que se haga de la norma, cobra importancia los sentimientos, las costumbres y las creencias del magistrado. Por consiguiente, no existe una aplicación "pura" del derecho en un caso concreto de administración de justicia.

CAPÍTULO V

LA COMOVISIÓN ANDINA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO CONSUECUDIANRIO

5.1 Fundamentos del derecho consuetudinario

Los fundamentos son las razones por las que existe este sistema jurídico en las comunidades nativas u originarias del país y, en general, en las comunidades nativas de cualquier parte del mundo. La historia de la administración de justicia en las diferentes culturas enseña que en cada contexto socio-económico hay una cultura que subyace, y dentro de ella, una forma peculiar de concepción de la justicia y de su aplicación.

Para entender adecuadamente los fundamentos del derecho consuetudinario, es necesario primero abordar el tema de la concepción de justicia que tienen los seguidores de la teoría pura del derecho, por un lado, y la concepción que tienen los pueblos originarios del Perú y, muy particularmente, los pueblos originarios de la región Puno.

En el este estudio se asume que no existe un orden jurídico absoluto que sea válido y aceptable en todas las culturas del mundo. Los sistemas jurídicos, bajo el influjo de la teoría pura de Kelsen, son diferentes en cada sociedad organizada como Estado. Cada estado o nación tiene su sistema jurídico formal

a partir de su constitución que viene a ser como la fuente o “madre” de sus otras leyes y normas inferiores (norma fundante); pero, además, en su interior, hay culturas nativas que tienen su forma de entender la justicia, y por consiguiente, su sistemas jurídico y su forma de administrar la justicia.

5.1.1 Concepción de justicia

La palabra justicia proviene del latín *iustitia*. En la actualidad no existe un solo concepto o una sola concepción del término justicia. En lo que los tratadistas están más bien de acuerdo, y al parecer hay mucho sentido lógico, es en la relatividad conceptual de este término, es decir, la justicia es concebida de diferente manera en cada contexto socioeconómico y cultural.

Esta es la razón por la Kelsen (2010) sostuvo en su “Teoría pura del Derecho” que la justicia absoluta es un ideal irracional, es una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre. Desde el punto de vista del conocimiento racional, no existe más que intereses, y por tanto, conflicto de intereses. La solución de estos conflictos puede encontrarse satisfaciendo un interés en detrimento del otro o mediante un compromiso entre los intereses que están en pugna.

Por consiguiente, es imposible demostrar que una de las dos soluciones sea vista como la más justa. Una u otra solución puede ser justa o injusta según las circunstancias y según quienes sean los protagonistas del litigio. Esta es la razón por la que opta por un sistema jurídico ajeno a la moral social.



Las circunstancias en la concepción de Kelsen están dadas por el contexto socioeconómico que engendra una determinada cultura que, a su vez, condiciona una superestructura ideológica y una forma de práctica cotidiana según la ideología asumida. Por consiguiente, dado que en el mundo existen culturas diametralmente diferentes, es lógico asumir que existen diferentes concepciones acerca de la justicia y de cómo ésta se aplica. De la misma manera, las personas conciben de diferente manera según las circunstancias en las que protagonizan.

Pero, como se verá más luego, esta postura solo sirve para el análisis académico y dogmático, porque en la realidad, el derecho consuetudinario de las comunidades originarias no vale para la justicia que se imparte desde el poder de un Estado formal e indiferente, donde el derecho positivo es su ley.

En el intento de encontrar un concepto de justicia, tenemos a Muñoz (2010), quien sostiene que la justicia es un valor considerado por toda sociedad como un bien común. Tiene su origen en la necesidad de mantener la armonía entre sus miembros. Según esa postura, la justicia sería un conjunto de reglas o normas, asumidas por el grupo social, que prescriben el tipo de relaciones que las personas y las instituciones deben establecer. En consecuencia, según la postura que se asuma, hay hechos y situaciones que son prohibidas y otras aceptadas como correctas, es decir, se tiene preconcebido qué es bueno y qué es malo, aunque en otro contexto cultural, lo bueno sea tomado como malo o viceversa. Ahí radica



la relatividad del concepto de justicia, y, por consiguiente, de un orden jurídico.

Aquí debemos señalar que tanto Kelsen así como Muñoz son teóricos del derecho positivo. Se toma en este estudio, porque estas concepciones también se asumen como valederas, especialmente cuando se trata de sustentar el sistema jurídico de las comunidades campesino nativas del Perú.

Cuando Kelsen sostiene que una determinada cultura condiciona un determinado sistema jurídico, es una verdad universal que no se puede cuestionar, así como cuando Muñoz sostiene que la justicia es un valor de la sociedad que tiene su origen en la necesidad de mantener la armonía entre sus miembros. Pero, lo que no dicen es que en las culturas dominadas por otras, el sistema jurídico de los dominantes avasalla el sistema jurídico de los dominados. Esto es lo que sucede en el Perú desde la llegada de los españoles.

Por otro lado, no quieren aceptar que en aquellas culturas donde hay relaciones de subordinación, el sistema jurídico es dado por un grupo de personas que se arrogan la representatividad del pueblo, siendo en la mayoría de los casos normas para favorecerse personal o grupalmente con el afán de mantenerse en el sitio de privilegio o de poder.

Por su parte Peña (1998) sostiene, que hay dos planos en la concepción de justicia dentro un grupo social ubicado en un contexto concreto. Estos planos son el plano de la abstracción y el plano de la



materialización. El primero se refiere a la idea o concepción de justicia que el grupo social construye o abstrae; en tanto que el segundo se refiere a la puesta en práctica de la abstracción realizada, es decir, de la aplicación de la justicia según la concepción asumida. Son dos planos que interactúan dialécticamente.

De otra manera se puede afirmar, que los dos planos del que habla Peña, tiene que ver con la teoría y la práctica. La teoría es la abstracción de la realidad concreta donde se vive y ésta (la teoría) es la conciencia que permite actuar en la práctica, es decir, en la realidad. El proceso de interacción entre la teoría y la práctica promueven la dinámica evolutiva de una determinada organización social o de una cultura humana dada en concreto.

Por consiguiente, la concepción que de la justicia se tiene es la teoría producto de la experiencia práctica protagonizada por los integrantes del grupo humano, grupo social, organización social, o en general, por una determinada sociedad concreta. Esta es una lógica elemental que no debe soslayarse cuando se analiza el tema del derecho consuetudinario de las comunidades nativas de cualquier parte del mundo. Eludirla, sería un crimen de lesa intelectualidad.

En esta investigación que se pone a consideración de los señores jurados, reviste suma importancia la concepción de justicia que tienen los pobladores originarios de las comunidades rurales del país y, en forma particular, de la región Puno.



En la actualidad, como sostiene Tau (2000), a los habitantes del medio rural se les conoce como campesinos. No es habitual ni común denominarlos indígenas, que es un término que generó, muchas veces, discusiones banales entre los estudiosos, sin que hasta la actualidad se pongan de acuerdo. Por supuesto que en muchas ocasiones, en los años pasados, los términos de indígena o indio se utilizaron con el significado de adjetivo discriminativo o de subvaloración, lo que motivó su exclusión en los análisis actuales que los académicos y científicos realizan acerca de los pobladores del medio rural.

Ruiz et al. (2001) consideran que en el Perú el concepto de pueblo indígena se refiere fundamentalmente a la población que habita en las comunidades campesinas con población nativa, así como aquellos pueblos amazónicos en situación de aislamiento voluntario. La Constitución Política de 1920 utiliza la denominación de comunidades indígenas; en tanto que la Ley de Reforma Agraria de Juan Velasco Alvarado, cambia la denominación por la de comunidades campesinas y nativas.

En el departamento de Puno, según los datos proporcionados por el Ministerio de Agricultura, en el año 2010, existen 1251 comunidades campesinas y ninguna comunidad nativa. ¿Quiénes son las comunidades campesinas y quiénes son las comunidades nativas? Las comunidades campesinas están ubicadas fundamentalmente en la sierra y están en constante contacto con las ciudades por razones económicas, educativas y culturales; mientras que las comunidades nativas están ubicadas en la

selva y tienen mayores niveles de autarquía y autonomía, lo que les permite mayores posibilidades de aplicación de la justicia comunitaria o del derecho consuetudinario.

Para evitar confusiones en este análisis, es necesario definir el concepto de campesino. El campesino es el que vive en el medio rural y vive de la producción agropecuaria, fundamentalmente. Sin embargo, esta forma de vida no significa que todo campesino sea autóctono o nativo. Puede ser un foráneo¹.

En este estudio hablamos de **comunidades campesino nativas** para focalizar el estudio en aquellas comunidades de los andes del Perú y, particularmente, de la región Puno, cuya población es fundamentalmente autóctona, es decir, no viven en su seno individuos foráneos bajo una concepción cultural e ideológica occidentalizada desde su niñez. Claro está que la alienación cultural de las ciudades sobre las comunidades campesinas a través de los medios masivos de comunicación, está cambiándolos cada año que pasa, especialmente a los jóvenes.

Se deja constancia que la identificación de estos grupos sociales no se realiza bajo criterios racionales.

Según la Ley 29 785, promulgada el 31 de agosto del año 2011, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios,

¹ El foráneo en este caso viene a ser aquel individuo que es descendiente de padres cuyo origen genealógico es extranjero directo o indirecto: español, europeo, etc., y por lo tanto, tiene un origen cultural diferente al nativo, cuya descendencia genealógica es el Imperio de los Incas o las culturas que lo antecedieron.

en su Art 7 señala los criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios. Estos criterios son los siguientes:

- Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- Instituciones sociales y costumbres propias.
- Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

A los criterios señalados se suma el criterio subjetivo, aquello que está relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria, es decir, de saberse que son pobladores originarios o indígenas.

Además, en la Ley se establece que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios. Así mismo, las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

Por su parte Justiniano (2006), deja entender que cuantos hayan nacido en el país o en la comunidad, antes o después del descubrimiento y descendan de los aborígenes americanos, son considerados como aborígenes. En este sentido no solo son originarios, entonces, los que viven en el medio rural, sino también los que viven en las ciudades.

Por consiguiente, para este estudio se utiliza, indistintamente, la denominación de **pueblo originario o comunidad campesino nativa** para referirnos a las organizaciones sociales que viven en el medio rural y que aún practican sus costumbres ancestrales, aunque la influencia de la cultura occidental sea manifiesta, debido al contacto frecuente con el medio urbano por razones comerciales y educativas. Se recuerda, una vez más, que el criterio de clasificación social que aquí se hace no es de tipo racial.

Volviendo a la concepción de justicia, es necesario analizar el proceso de construcción de la idea de justicia, y luego, el proceso de materialización de la concepción asumida. Para este efecto es necesario abordar la concepción de **pachamama**, una concepción que articula la concepción simbólica y panteísta con la naturaleza donde viven.

5.1.2 La pachamana en la concepción filosófica de los pueblos originarios: Para Estermann (1998), en la concepción de los hombres andinos del Perú, la pachamama es una especie de divinidad que se refiere a la madre tierra. Si queremos traducir al castellano literalmente este término, significa: "madre tierra". Sin embargo, no se debe entender que se refiere sólo a la superficie terrestre donde vive una población originaria, sino a toda la naturaleza que rodea a la comunidad social, a su subsuelo, al ambiente geográfico y climático que lo rodea.

Para el poblador nativo, la madre tierra no es una divinidad creadora, sino protectora y proveedora. Es una divinidad con la que está



en contacto y diálogo constante. Por eso, en ciertas ocasiones, la población le expresa su gratitud con ciertos sacrificios y ofrendas cuyas formas han venido cambiando con el transcurrir del tiempo.

Todo lo contrario sucede con el poblador occidental. Para ellos la tierra fue creada por un Dios omnipresente, es decir, para los occidentales existe un creador del hombre, de la tierra, de los animales y de las demás cosas y fenómenos existentes. Por lo tanto, no existe un deber directo del hombre para con la naturaleza. Es responsabilidad directa del Dios todopoderoso.

Según deja entender Estermann (1998), para los nativos andinos la tierra tiene vida al igual que los seres humanos, por consiguiente, hay que establecer una relación de cooperación y de mutuo respeto. Los cerros y las montañas, los ríos y los lagos, la lluvia y los relámpagos, así como los truenos, para el poblador andino tienen vida y se manifiestan de muchas formas. De ahí su respeto especial a los fenómenos de la naturaleza, lo que se evidencia en ceremonias, ritos y creencias que hasta el día de hoy aún perduran.

Como resultado de esta creencia, el poblador andino de la Zona Aimara, por ejemplo, le da una categoría de dioses a los fenómenos de la naturaleza, así como a los elementos de la tierra. Pero esta creencia, como sostiene Estermann (1998), no se presenta en su conciencia como un personaje ni como personajes tutelares, sino como símbolos de vida, de bienestar y de felicidad. Como se puede inferir, la concepción de la vida es muy diferente que los occidentales.



La autora de este estudio anduvo en la búsqueda de datos sobre el derecho consuetudinario, comprobando que en las comunidades campesinas de la Zona Aimara (Chucuito, Platería, Acora, Santa Rosa de Yanaque, Juli, Pomata y otros), las comunidades campesino nativas le rinden una especial gratitud a la madre tierra (pacha mama). Por ejemplo, el inicio del nuevo año, el solsticio de invierno, que se celebra entre el 22 al 24 de junio de cada año, es considerado como el renacer o renovación de la naturaleza y del retorno del inti sol. Con este motivo se reúne la representación de la comunidad para realizar la ceremonia consistente en el pago a la tierra.

Lo mismo sucede en los meses de noviembre y diciembre cuando empieza la etapa de la siembra. En estos meses se realizan las ceremonias en unas comunidades más y en otras con menos ritualidad, para agradecer a la madre tierra y a los apus (cerros y montañas) por haber renovado la tierra y disponerla fértil para sembrar las semillas que deben dar los frutos para mantener la vida de sus habitantes. Las otras ceremonias y ritos se realizan en los meses de febrero y marzo, cuando los sembríos están en plena floración o maduración; después, en los meses de mayo y junio, para agradecer los frutos que la tierra les da, lo que se conoce como las ceremonias y los ritos de la cosecha anual.

Estermann (1998) refiere que las ceremonias y actividades rituales de las comunidades nativas, giran en torno de la naturaleza que es proveedora de los bienes para la vida de sus habitantes. No gira alrededor de un Dios todopoderoso, sino alrededor de la madre naturaleza. Esto es así cuando se abstrae la vida de una comunidad nativa, del fenómeno de



la aculturación del cual nos habla Jürgen y Franco (2006). El fenómeno de la aculturación que sigue un proceso continuo de alienación, ha dado lugar a que en las comunidades se dé una suerte de mezcla entre lo que es una ceremonia andina propia y una ceremonia con una fuerte injerencia de factores culturales foráneos, en este caso, de la influencia occidental iniciada por la conquista española y continuada hoy por el fenómeno de la globalización.

El hombre andino tiene una reverencia y gratitud inefable; se puede decir divina, ante la madre naturaleza donde vive. No es, por consiguiente, un individuo que considera que debe explotar la naturaleza de manera irracional, como sucede con el hombre occidental u occidentalizado. Todo lo contrario, tal como deja entrever Baurricaud (2012), a la "pachamama" hay que respetarla, cuidarla y ayudarla a renovarse.

El hombre andino se siente fundido con la madre naturaleza, se siente parte de ella, y además, esta relación no es en términos individuales, sino en términos de comunidad, de colectividad. Esta es una de las características del habitante del mundo andino. No hay sentimientos de soledad, sino de comunidad entre sus semejantes y con la pachamama, que como se dijo, no es sólo el suelo que se pisa o por donde se anda, sino son todos sus elementos y fenómenos donde se cohabita. (Estermann, 1998).

En esta cosmovisión holística del hombre andino nace sus normas de vida comunal (derecho consuetudinario), a la que se quiere llegar con este análisis de la naturaleza socio-cultural de la cosmovisión andina. La cosmovisión es la doctrina del derecho andino.



El cosmos, en este caso, para el hombre andino está dado por la naturaleza que comprende el suelo, el subsuelo, los fenómenos de la naturaleza como son las lluvias, los vientos, las heladas, las sequías, los temblores, las irrupciones volcánicas, el sol, la luna, las estrellas, el cielo, el aire, etc. Todos estos fenómenos son la naturaleza en donde se incluye al hombre andino como un elemento o componente más. Todos estos fenómenos y elementos están interrelacionados en una totalidad que se llama la pachamama o madre tierra.

Bajo esta concepción, como deja entender Estermann (1998), es inconcebible la concepción andina en términos de individualidad o de aislamientos inconexos. Para el hombre andino la interrelación holística es un ingrediente trascendental en su concepción de la vida. La vida comunal del nativo de los andes de Sudamérica tiene esta connotación y esta concepción es la que da lugar a sus normas de convivencia (derecho consuetudinario).

Por consiguiente, la concepción de justicia, como aquello que se concibe como correcto y adecuado y como aquello que se concibe como malo o incorrecto, permite aceptar el principio que en toda sociedad humana, tal como señala también Condori (2013), hay un elemento concomitante llamado derecho. No hay sociedad humana sin derecho, ni derecho al margen de una sociedad en concreto. Pero, ¿de qué manera surge este derecho como conjunto de normas que regulan y ordenan la vida de los seres humanos organizados en una determinada comunidad campesino nativa o en una ciudad moderna?



Este derecho surge de las condiciones de vida de sus habitantes y de cómo conciben esta vida dentro de las condiciones dadas. Aquí se habla de una sociedad organizada democráticamente sin las taras de las relaciones de subordinación (dominadores y dominados) como es el caso actual del Perú.

La concepción que se posee en función del tipo de relaciones que durante la vida colectiva se tiene, determina los preceptos que deben regular las relaciones interpersonales y sociales. (Peña, 1998).

Por consiguiente, para el hombre andino el derecho como conjunto de normas deviene de su concepción holística. Son normas que se establecen no sólo para vivir entre ellos armoniosamente como proponen los teóricos del derecho positivo, sino para vivir, más bien, en armonía con la madre naturaleza.

Estas normas no son muchas, sino las básicas, aquellas que se aprenden desde la niñez y que se van interiorizando como preceptos congénitos durante su crecimiento y desarrollo posterior. El saber pensar bien, el saber hacer bien las cosas, el vivir bien en armonía con la naturaleza y el querer bien a la madre naturaleza, son preceptos que, se pueden sostener, nacen con el código genético del hombre andino. A estas normas básicas se agregan la trilogía moral andina: no seas ladrón, no seas ocioso y no seas mentiroso.

Es necesario recordar que la conquista y la colonia, atentaron sistemáticamente contra esta concepción jurídica. Al respecto Sandoval (2006) señala lo siguiente:



La Conquista y la Colonia fueron sistemas de concreción de dominio y sometimiento español sobre los pueblos indios de América. Les impusieron un sistema jurídico, ajeno a las formas de derecho practicadas por los indígenas. Con la Independencia, los nacientes Estados formalizaron unas leyes aplicables por igual a todos los individuos, sin distinción de grupo étnico; desconociendo el derecho de la tradición y la costumbre como sistema que norma y regula la vida social y personal en el mundo indígena. (p.5)

5.1.3 El simbolismo andino: Los habitantes andinos, antes de la llegada de los conquistadores occidentales, tuvieron una concepción mítica acerca del origen de la vida. Para Estermann (1998), este Dios, como presencia simbólica del orden cósmico, fue el **Pachacamaq** durante el preincanato (concebido como hacedor de la pacha); mientras que en el incanato fue el **Wiracocha** (concebido como ordenador del cosmos). Los españoles fueron los que identificaron a estos dioses andinos como creadores a imagen y semejanza del Dios occidental monoteísta.

El poblador andino se concibe como parte del cosmos, de aquel cosmos constituido por un conjunto de elementos y fenómenos interrelacionados holísticamente y a los que les otorgó poderes extraordinarios con los que debía estar en estrecha armonía. De esta manera surge el panteísmo andino.

El panteísmo, según Tau (2000), es el sistema de quienes creen que la totalidad del universo (la madre naturaleza) es el único Dios. De esta manera los cerros y las montañas son concebidos como los apus tutelares ante quienes hay que invocar en determinadas fechas del año



agropecuario. Esas invocaciones eran ante el inti sol (Lupi en aimara), la luna (Paxsi en aimara) y ante las estrellas (Warawara en aimara), a su vez, son dioses divinos de quienes no se debe prescindir, etc. Los pobladores andinos conciben a la naturaleza como a un ser viviente y ellos se conciben como parte concomitante de esta naturaleza viviente.

Estermann (1998) señala que la cultura occidental, a diferencia de la cultura andina, es monoteísta. La religión cristiana considera un solo Dios todopoderoso y es la única verdad escrita y contenida en la Biblia. Mientras que el panteísmo de los andinos no está escrito, sino está en la memoria colectiva y en sus usos y costumbres comunales, en forma de símbolos. En el fondo, el panteísmo es una forma de relación simbólica del colectivo andino con su naturaleza vivencial cotidiano. Esta simbiosis cultural jamás fue interpretada adecuadamente por los conquistadores españoles.

Las creencias simbólicas de los habitantes prehispánicos de los andes del Perú, que aún perviven hasta hoy, a pesar de la aculturación sufrida, se encuentran en las comunidades campesinas nativas de la región Puno. Por ejemplo, se tiene a la trilogía simbólica Inca constituida por tres tipos de animales: el cóndor que representa el Hanan Pacha (el mundo de arriba); el puma que presenta el Kay Pacha (el mundo de aquí); y la serpiente que representa el Uku Pacha (el mundo de abajo). Como se puede deducir de esta trilogía, en la cultura andina no hay escritura, sino símbolos. La concepción holística, como nivel más superior que la concepción analítica del mundo occidental, se manifiesta en la simbología andina.



El cóndor es concebido como el mensajero de los dioses y de los espíritus. Es venerado como intermediario y como el guía de los muertos al mundo de arriba (Hanan Pacha).

Estermann (1998) hace entender que la expresión de nuestros pensamientos y concepciones de la vida a través de símbolos, es un nivel de desarrollo intelectual muy superior que el análisis de las particularidades. Es decir, la expresión simbólica es una abstracción holística más superior que la expresión lingüística de las particularidades o características de lo que pensamos o concebimos, de lo que vemos o queremos transmitir. Según esto, el nivel intelectual de los conquistadores estuvo por muy debajo del nivel de los hombres andinos.

Según Rojas (2007), el puma simboliza la sabiduría, la fuerza y la inteligencia que los hombres deben poner de manifiesto, y además, simboliza el gobierno. Mientras que la serpiente era vista como la representación simbólica del mundo de los muertos, de los niños no nacidos o de todo lo que estaba debajo de la superficie de la tierra o del mar. Las fuentes, las cuevas u otras aberturas de la superficie terrestre eran consideradas como medios de comunicación entre el Kay Pacha y el Uku Pacha.

Como sostiene Rojas (2007), por otro lado, la cosmogonía andina fue representada por la Chacana, la cruz escalonada andina. En los restos arquitectónicos de la cultura pre-inca e inca, se manifiestan las concepciones que en aquellos tiempos tenían los pobladores andinos, y que aún en las comunidades nativas de hoy pervive, muy a pesar de la fuerza alienante de la globalización y de la aculturación que se sufre. Este

es el caso de la Chacana que se ve registrada en las construcciones de piedras más importantes del Perú precolombino, siendo la misma una representación simbólica de la concepción cosmogónica de la cultura andina.

El término "Chacana" es un vocablo quechua, producto de la unión de dos palabras: 1º "chaca" que significa puente o unión; y 2º "hanan", que significa arriba, alto, grande. La fusión de ambas palabras significa, entonces, unión con arriba, es decir, unión de la tierra con el cielo cósmico. Para Milla (2005), su nombre ancestral fue Jach'a Qhana que significaba "luz grande" y con el correr del tiempo, y sobre todo, con el proceso de la aculturación, se le conoce como Chacana o Chakana.

FIGURA 1
ARQUITECTURA DE LOS HOMBRES PREHISPÁNICOS
SEGÚN SU CONCEPCIÓN COSMOGÓNICA



FUENTE: Recuperado de <http://rosenibolivia.blogspot.com/2009/03/tiwanaku.html>

Para Milla (2005), el símbolo de la Chacana tiene su correspondencia sideral en la constelación de la "Cruz del Sur". Tiene una

antigüedad mayor de 4 mil años. Como sabemos esta constelación del Polo Sur está conformada por cuatro estrellas notables: Alfa, Beta, Gamma y Delta. Por mucho tiempo y hasta hoy en día aún se sigue tomando como punto de referencia para los estudios astronómicos. Para la cosmovisión andina fue el marco referencial para sus explicaciones y comprensiones de su vida y de su interrelación con el cosmos, la madre naturaleza.

FIGURA 2
SIGNIFICADO DE LA CHACANA O DE LA CRUZ
ESCALONADA ANDINA.



FUENTE: Recuperado de <http://www.ciberandes.com/inicio/news/article/la-chakana-y-su-significado.html>

Por otro lado, Milla (2005) señala que con la Chacana, el símbolo geométrico más notable del mundo andino, se resolvió la cuadratura de la



circunferencia y se obtuvo un valor para el "Pi" (π), lo que fue usado geométricamente como razón de cambio, así como para el análisis y cálculos geométricos importantes. Esto quiere decir que la primera cultura que supo expresar el " π ", fue la cultura andina. Además, la Chacana resume los conceptos astronómicos relacionados con las estaciones del año, tal como se puede observar en la Figura 2.

Por otro lado, Milla (2005) sostiene que en la actualidad las comunidades nativas siguen reproduciendo el gráfico de la Chacana en sus telares que confeccionan. Así mismo, aún conservan, especialmente en la zona aimara, el calendario lunar de 13 meses con 28 días cada mes, lo que da lugar a 364 días. El día 365 era considerado el día cero, una suerte de inicio del año nuevo. Ese día es el 3 de mayo, fecha en que la constelación de la "Cruz del Sur" adquiere la forma geométrica de una cruz latina perfecta, lo que a su vez fue interpretada y reproducida en el mundo andino en forma de la chacana descrita.

Finalmente, Milla (2005) sostiene que en la cultura andina, la organización social se representa a través de los siete colores del arco iris, en forma de una bandera (wiphala) que hasta hoy día se reivindica y se muestra en todos los eventos sociales y políticos en las comunidades campesino nativas, especialmente en la zona sur. Estos colores y la forma de representación, se muestra en la siguiente figura.

Estos colores tienen un significado según la simbología que caracteriza a la cultura andina. Los significados son los siguientes:



- *El rojo (chupika)*: Representa a la madre tierra, a la pachamama, el mundo material, el mundo visible.
- *El naranja (kallapi)*: Representa a la gente que vive (el Jaq'i), la sociedad y su cultura, la procreación de la especie humana dentro de la relacionalidad hombre mujer (chacha-warmi).
- *El amarillo (q'ellu)*: Representa la práctica colectiva y de reciprocidad del hombre andino (el ayni), es decir, la práctica de la reciprocidad andina.
- *El blanco (janq'u)*: Es el tiempo y el espacio, la época y el lugar, la historia cíclica y la armonía con el cosmos (pacha). Es la expresión del desarrollo y la transformación permanente.
- *El verde (chuxña)*: Representa la economía y la producción andina. Es el símbolo de las riquezas naturales, de la superficie y del subsuelo, la producción agropecuaria.
- *El azul (larama)*: Representa al espacio cósmico, la dimensión o espacio de arriba (alaxpacha). Es la expresión de los astros y de los fenómenos que se manifiestan sobre la tierra.
- *El violeta (larama chupika)*: Representa la organización política del ayllu, es decir, su estructura y sus órganos sociales,

económicos y culturales, de donde se administra o gobierna para vivir en armonía (sumaqamaña).

FIGURA 3
LOS SIETE COLORES DEL ARCO IRIS

ROJO	(chupika)	
NARANJA	(kallapi)	
AMARILLO	(q'ellu)	
BLANCO	(janq'u)	
VERDE	(chuxña)	
AZUL	(larama)	
VIOLETA	(larama chupika)	

FUENTE: Recuperado de <http://www.coopemedicos.com/cooperativismo2.html>

Según las dos concepciones señaladas y diferenciadas con claridad, tal como dejan entender Jürgen y Franco (2006), la cultura occidental parte del individualismo monoteísta y toma decisiones bajo este influjo filosófico; en tanto que la cultura andina parte del colectivismo holístico, de la vida comunal, y toma decisiones bajo esta influencia filosófica y epistemológica. Claramente se puede distinguir la diferencia abismal entre las dos concepciones. De esta diferencia se puede concluir que la andina es una cultura superior a la occidental; pero, entonces, ¿por qué sucumbió ante la cultura foránea? ¿Por qué sigue el fenómeno de la aculturación en detrimento de esta cultura milenaria? Este es un tema que se deja como tema de estudio para otros investigadores.



Como se ve, el enfoque de la jurisprudencia nativa exige un análisis bajo la doctrina de la cosmovisión andina. Por eso, Durand (2000), señala al respecto lo siguiente:

El estudio de las normatividades indígenas no puede ser elaborado bajo patrones positivistas o cientificistas, conforme a los cuales la norma jurídica es explicada solamente como un poder hegemónico del Estado o como una transición evolutiva de la costumbre en norma. Los procesos sociales concretos que se efectúan en los pueblos indígenas permiten constatar que los sistemas jurídicos existen como fenómeno concreto, constituyendo un aspecto relevante en la regulación de la reproducción social de dichos pueblos, y cuyos fundamentos radican en su cultura, que está diferenciada de los referentes occidentales. (p.9)

Por consiguiente, de la concepción filosófica andina se pueden deducir los siguientes principios que marcan notablemente la naturaleza del Derecho Consuetudinario.

El principio de la relacionalidad: Según deja entender Bourricaud (2012), en la concepción andina todo está relacionado entre sí, incluyendo a sus habitantes. Desde el punto de vista ontológico, en el mundo andino la esencia es la relación y no la sustancia, como se concibe en la cultura occidental. Concebir un ente aislado no es parte de la concepción del hombre andino.

El principio de la complementariedad: Según el mismo Bourricaud, en el mundo andino nada existe sin su complemento. De esta manera, no se puede concebir al hombre sin la mujer, el sol sin la luna, el hombre sin

la pachamama, ni la pachamama sin sus habitantes, la familia sin la comunidad ni ésta sin la familia, etc. El cosmos es un entretrejo sistemático y holístico.

El principio de la reciprocidad: Se refiere al principio de la correspondencia, es decir, a cada acción le corresponde como contribución de complemento un acto recíproco. Es el fenómeno de la interacción, de tal manera que el esfuerzo que pone un ente en una determinada acción será recompensado con un esfuerzo similar por el receptor en otro momento dado. Se trata, en el fondo de una justicia de intercambio de bienes, sentimientos, personas, valores, trabajo, etc. Es la puesta en práctica de la meta-ética.

Por otro lado, de la concepción filosófica andina, se deducen las siguientes normas o preceptos que están interiorizados vitalmente y genéticamente en la conciencia de los habitantes de una comunidad nativa.

Wali Yatiqaña (*pensar bien*): Esta norma tiene que ver con el buen pensamiento que debe dar lugar a la buena sabiduría. Se refiere al aprendizaje adecuado para pensar y saber bien, para hacer correctamente las cosas, para vivir bien en armonía con la madre naturaleza y saber amarla fuertemente.

Wali Luraña (*hacer bien*): Significa hacer bien las cosas o hacer realmente bien lo que debe hacerse. Esta norma exige que la actividad o asunto a realizarse devenga de un equilibrio de pares proporcionales, ya que según el principio de la complementariedad, este es el orden natural de las sociedades andinas.

Wali Jakaña (*vivir bien*): Vivir en armonía con la pachamama y considerando los principios andinos de la relacionalidad, de la complementariedad y de la reciprocidad.

Wali Munaña (*querer bien*): Según esta norma, para vivir bien, es necesario querer bien, amar fuertemente a la pachamama que es lo mismo decir al cosmos donde se vive, a los semejantes, a la comunidad y a todas las cosas y elementos de la madre naturaleza.

A los principios y normas ya señaladas, se agrega la trilogía moral del mundo andino: Ama Sua (no seas ladrón); Ama Llulla (no seas mentiroso); y Ama Quella (no seas ocioso). Para Milla (2005), son normas milenarias que resumen la moral básica de la cultura andina. En la actualidad, en aquellas comunidades nativas, tanto quechuas como aimaras, donde la influencia occidental es mínima, aún se vive bajo una estricta observancia de esta trilogía moral, de los principios y de las cuatro normas básicas.

Sin embargo, como sostiene Ardiles (2014), la influencia negativa de la cultura occidental y del fenómeno de la globalización que sufren la mayoría de las comunidades andinas, con su individualismo y egoísmo, han generado infracciones punibles contra esta moral, y no es extraño ver, por eso, en muchas comunidades campesinas de la Zona Aimara, incidentes de robo, de injurias basadas en la mentira y a muchos jóvenes perdiendo el tiempo en banalidades y trivialidades.

El fenómeno de la aculturación en mucha medida trastocó estas normas y principios del mundo andino. Por eso, el derecho

consuetudinario está en una crisis de identidad en la mayoría de las comunidades campesino nativas del país.

5.2 El sistema jurídico del mundo andino

El sistema jurídico del mundo andino es de carácter consuetudinario. Está dado por un número reducido de normas básicas que devienen de su cosmovisión y de su tradición de vida comunal. La mayoría de las comunidades campesino nativas actualmente tienen un alto porcentaje de relación con la cultura occidental debido al intercambio comercial, social y educativo. Por eso, para efectos del resumen de las normas básicas consuetudinarias, se abstrae la comunidad de la influencia de la cultura global.

Al respecto Ballón (2002) señala que los pueblos indígenas no son estáticas ni mucho menos inmutables; todo lo contrario, están en constante cambio debido a las interacciones con el mundo occidental y debido a su propia dinámica evolutiva. Es un error, señala el autor, que a una comunidad campesino nativa se la conciba como una organización estática y anacrónica que se quedó en el tiempo estancando y osificado. Eso es imposible.

Alanoca (2013) señala que las comunidades campesinas tienen dos formas de manifestación respecto de la administración de la justicia. Por un lado, la aceptación de la justicia positiva o formal cuando los hechos o casos así lo ameritan; y, por otro lado, el ejercicio del derecho consuetudinario, cuando los casos y hechos así lo justifican.

Por consiguiente, en el mundo andino se encuentra dos formas de administración de justicia: La administración según el derecho positivo y según el derecho consuetudinario.



Por eso, Ardiles (2014) sostiene al respecto lo siguiente:

Se puede afirmar que en las comunidades campesinas nativas de la Zona Aimara conviven dos culturas que están en confrontación, algunas veces, y en comunión, otras veces. Por eso mismo, es un tema difícil cuando se intenta abordar el sistema jurídico de las comunidades campesinas nativas u originarias de la Zona Aimara de Puno. (p.84)

Más adelante Ardiles (2014) señala que una comunidad es nativa en la medida en que administra su justicia bajo el influjo de su derecho consuetudinario; y esta misma comunidad deja de ser nativa cuando administra la justicia bajo el derecho positivo, es decir, con el derecho que rige la vida del país formal.

Como ya se dijo, en el país ya no existe una comunidad campesino nativa propiamente dicha, que esté al margen o totalmente aislado de la influencia de la vida urbana, que se desenvuelve bajo los cánones de la cultura occidental y global. Salvo que se trate de alguna comunidad que está totalmente aislada en la selva interior del país y lleva una vida autárquica y monocultural.

En el estudio que se pone a consideración de los jurados no se investiga a una comunidad autárquica, sino a una comunidad que tiene contacto con la cultura occidental, pero que en muchas ocasiones, durante su vida cotidiana, se ve obligada a impartir la justicia bajo su código tradicional, y en otras ocasiones, por la naturaleza de los hechos, se ve obligada a recurrir al sistema jurídico del Estado. Según Ardiles (2014), esta es la naturaleza de las comunidades campesinas de la Zona Aimara del departamento de Puno. Es decir, según el autor mencionado, la comunidad campesina actual se desenvuelve con "dos caras de la misma moneda".

Considerando los conceptos previos se exponen las principales normas básicas que constituyen los ejes del derecho consuetudinario de la cultura andina del Perú. Este sistema jurídico, se divide en principios y preceptos, cuyos fundamentos se encuentran en la cosmovisión andina ya desarrollada en los acápites precedentes.

Principios del sistema jurídico consuetudinario de los pueblos originarios del Perú: El principio se entiende como un enunciado que basado en fundamentos de tipo racional o de tipo mítico, como es el caso de la cosmovisión andina, justifican un conjunto de acciones que se deben acatar o se deben evitar. Un principio siempre cumple un rol y ese rol es el de guiar la toma de decisiones de los integrantes de una determinada sociedad humana.

Estos principios son los siguientes:

- 1º *Todos los componentes del mundo andino están relacionados sistemática y holísticamente:* Los componentes son el suelo, los cerros, los ríos, los fenómenos naturales (lluvias, heladas, truenos, granizadas, sequías, vientos, etc.), los animales domésticos y salvajes, las aves, la vegetación, los hombres, todos están interrelacionados sistemática y holísticamente. Estos componentes están en situación de interdependencia (sistemático) y conforman el mundo andino único (holístico).
- 2º *Cada componente del mundo andino tiene su complemento sin el cual es inconcebible su existencia:* En el mundo andino no existe la

concepción individualista, sino todo lo contrario, la concepción asociativa o comunal (vida común). Es una especie de comunidad entre teoría-práctica, positivo-negativo, luz-sombra, día-noche, fuego-agua, hombre-mujer, etc. No se concibe en términos de contradicción antagónica, sino en términos de factores o elementos inter-necesitados, es decir, ambos se necesitan para existir. No se trata de la lucha de contrarios como sostiene la ideología occidental, sino de la complementación de ambos para existir.

- 3º *Toda acción u obra buena debe ser correspondida por una recompensa recíproca*: En el mundo andino actual, muy a pesar de la alienación egoísta de la cultura occidental y globalizada, aún persiste este principio. Se trata del principio de la reciprocidad, es decir, el esfuerzo que se pone en una determinada acción debe ser recompensada con un esfuerzo similar por el receptor. Una forma de realización de este principio en el mundo andino, es el "Ayni" que significa, según Bourriecaud (2012), la ayuda de los familiares o de los vecinos de la comunidad en las labores agrícolas. Se trata, en el concepto actual, del "hoy por mí, mañana por ti".

Aparte de los principios señalados que son guías de vida del mundo andino, se destacan también las normas básicas de convivencia. Estas normas son las siguientes:

- 1º *Piensa adecuadamente y haz las cosas correctamente*: Una de las normas de convivencia de la comunidad andina es aprender a pensar



adecuadamente, conocer bien o saber bien y, según el conocimiento adecuado, hacer las cosas correctamente. El habitante de la comunidad andina para vivir en armonía con la naturaleza debe saber pensar bien y saber hacer las cosas correctamente. Es una de las primeras normas generales concomitantes del poblador andino.

- 2º *Vive en armonía adecuada con la pachamama*: Otra norma que caracteriza a los pobladores originarios de los andes del Perú es la convivencia armoniosa con la madre naturaleza. Considerando los principios de la relacionalidad, complementariedad y reciprocidad, los pobladores originarios tienen interiorizada la norma de vivir en armonía con la madre naturaleza.
- 3º *Ama a la pachamama y a los demás componentes de la naturaleza*: Esta es una norma que se deriva de la anterior. En el mundo andino, desde que nace un hijo, los padres le inculcan el respeto y el amor a la pachamama, como una condición sine qua non para vivir bien. Por eso, en la actualidad el hombre andino sin alienación, aún sigue expresando su amor por la madre tierra y a todos los demás componentes de la naturaleza (cerros, ríos, truenos, lluvias, heladas, etc.). Por consiguiente, esta norma se puede resumir así: Ama fuertemente a la pachamama, y, por consiguiente, a los semejantes, a los elementos y fenómenos de la madre naturaleza. Los pobladores que infringen esta norma son severamente cuestionados desde del seno del hogar.



- 4º *Nos seas ladrón (ama sua)*: Según Miceli (2012), esta es una norma que forma parte de la trilogía normativa andina. En las comunidades donde aún no llegó con fuerza la alienación cultural, existe una confianza mutua entre sus habitantes. No se piensa ni un instante que entre ellos se puedan robar; por eso, cuando van a las faenas agrícolas o llevan su ganado a pastar, no cierran las puertas de sus viviendas con candado o algo parecido. Todo lo contrario, cuidan las pertenencias del vecino como si fuesen suyos.
- 5º *No seas mentiroso (ama llulla)*: Una característica concomitante del hombre andino es la veracidad, ya que desde niños aprendieron a no ser mentirosos ante la madre tierra ni ante ningún elemento de la naturaleza con quienes debían vivir en armonía (Miceli, 2012). Por esta razón, la veracidad es una característica de las relaciones sociales entre los hombres de las comunidades originarias donde no llegó la cultura occidental con su hipocresía e individualismo.
- 6º *No seas ocioso (ama quella)*: La ociosidad era vista en el mundo andino como mala suerte y, por consiguiente, como una conducta muy reprobable. Se creía, por ejemplo, que los ociosos eran los que originaban la ira de las montañas o del cosmos y, por eso, se producían las granizadas, las heladas y otros azotes de la naturaleza contra la comunidad. Bajo esta concepción, en el mundo andino el ocioso era castigado severamente.

En la época del incanato estas normas eran parte de la conciencia colectiva sin que haya la necesidad de una institución especial encargada de difundirla o de exigir su aplicación o consideración. Era la misma fuerza de la comunidad, su conciencia social, lo que de por sí obligaba a sus miembros a vivir en función de las normas señaladas.

De la misma manera, los tres principios que sustentan las normas, son parte de la conciencia colectiva de las comunidades nativas. No están escritas en documentos, sino están presentes en la concepción cosmogónica y simbólica de los habitantes de una comunidad. Se puede sostener que "nacen genéticamente" con la conciencia de los tres principios y de las normas básicas. Es una forma metafórica de sostener el arraigo de los principios y de las normas que se manifiestan espontánea y naturalmente en la conducta y en el pensamiento de los andinos, lejos de la alienación occidental.

Milla (2005 y Bourricaud (2012) dejan entender que no sólo hay preceptos y normas de conducta que se deben tomar en cuenta para la vida comunal, sino sanciones o penalidades para quienes cometan infracciones. Entre algunas de las sanciones frecuentes que las comunidades nativas practicaron y aún lo siguen ejecutando, son en la mayoría de los casos, medidas que las leyes formales del Estado peruano las recusan o las penalizan.

Según Ardiles (2014), estas sanciones, entre las principales, son las siguientes:

1º *La reflexión individual y colectiva*: Cuando la infracción es de muy poca gravedad o aún se puede corregir al infractor mediante el diálogo, se opta por la reflexión individual que está a cargo del representante de la comunidad (presidente o delegado) o por los abuelos. En otras ocasiones

la reflexión se realiza en una asamblea comunal, la que consiste en los consejos y sugerencias de varias personas asistentes y en el compromiso del infractor de cambiar y enmendarse. La reflexión colectiva o individual no corresponde cuando el inculcado comete faltas graves como robar, agredir físicamente, dañar la propiedad privada o comunal o, peor aún, cuando haya cometido violación o asesinato.

2º *La amonestación y advertencia*: Cuando la reflexión no resulta efectiva y el infractor continúa con sus malas andanzas, se amonesta severamente y se le advierte acerca de los castigos que puede recibir. Esta amonestación es realizada por el representante de la comunidad o por parte de algún delegado con prestigio social. Generalmente, son las personas mayores de edad quienes durante los años se ganaron un prestigio social importante en la comunidad. La amonestación no corresponde cuando el inculcado comete faltas graves como robar, agredir físicamente, dañar la propiedad privada o comunal o, peor aún, cuando haya cometido violación o asesinato.

3º *El azote*: Este castigo es frecuente en las actuales comunidades nativas del departamento de Puno y, en general, en las comunidades campesino nativas de los andes del Perú. La comunidad, en una asamblea convocada por su presidente o delegado, ventila públicamente la falta del inculcado, y después de un debate de una hora aproximadamente, se acuerda la aplicación de la sanción. Dependiendo de la gravedad de la falta y del acuerdo tomado, se determina de 10 a 30 azotes que se ejecutan de inmediato con la participación de los representantes de los

sectores o parcialidades de la comunidad. Durante los azotes el inculpado pide perdón y se compromete a corregirse. Todos los miembros de la asamblea deben presenciar el castigo infligido para que sirva también como advertencia para quienes pretendan incurrir en la falta motivo de la sanción y para que el inculpado sepa que el castigo es de parte de la comunidad y no de parte de alguna persona en particular.

4º *El trabajo forzado o la reparación:* Este castigo se aplica cuando el infractor comete actos que significaron daños materiales contra los bienes de la comunidad o contra los bienes de una familia. El trabajo forzado se aplica también contra aquel que robó y no puede devolver lo sustraído.

Entre los casos frecuentes de robos se destacan el abigeato, el robo de los cultivos cuando llega la temporada de la cosecha, el hurto de los bienes de la casa cuando se ingresa furtivamente o cuando el dueño no se encuentra en la casa, etc. En estos casos, el infractor es llevado a la asamblea comunal donde debe confesar y, luego, inmediatamente tiene que reparar el daño ocasionado, de lo contrario, se acuerda la realización de un trabajo forzado que la asamblea debe decidir para reparar a la víctima o víctimas. También la asamblea puede acordar que, aparte de la reparación o el acuerdo del trabajo forzado, reciba algunos azotes para su escarmiento y para la reflexión de todos los presentes.

El trabajo forzado se refiere a las labores agropecuarias o al trabajo de levantamiento de las paredes de los cachones donde duerme el ganado o la refacción de los puentes o techos de las habitaciones de la persona afectada.

5º *La expulsión*: La expulsión es una especie de expatriación del infractor por delitos cometidos reiteradamente y son graves. Este castigo se aplica contra quienes ya fueron azotados o ya realizaron trabajos forzados, y a pesar de ello, continúan con las faltas que cada vez son más graves y recurrentes. En este caso, la asamblea, después de un amplio debate ante la presencia del infractor, a quien se le da la oportunidad de realizar sus descargos correspondientes, acuerda expulsarlo de la comunidad por un tiempo determinado. En una primera oportunidad, es de un año aproximadamente, y de darse la reincidencia, se acuerda su expulsión definitiva.

La persona castigada de esta manera debe irse inmediatamente, dándoseles un tiempo prudencial para que en el día se vaya de la comunidad llevando consigo solo sus pertenencias personales. En el caso de que el inculcado se niegue o no cumpla con irse, se le advierte que se le aplicará la pena máxima, es decir, el "Ushanan Jampi" (el remedio último o la pena de muerte).

6º *La pena de muerte (Ushanan Jampi)*: Para los incorregibles, individuos muy perjudiciales para la comunidad, para los violadores y para los asesinos, el castigo máximo es el "Ushanan Jampi", el gran remedio o el remedio último (la pena de muerte). La forma de aplicación de esta pena, según la literatura revisada, es de tres maneras: El apedreamiento hasta ocasionar la muerte, el ahorcamiento y la muerte en el fuego.

En el tiempo de los incas había una forma que hoy día ya no se practica, la reclusión en una cueva (El Zancay), donde habitaban los



pumas y zorros hambrientos, las aves de rapiña y las serpientes venenosas. Era la cárcel perpetua para los delincuentes más avezados del Imperio.

Actualmente, la pena de muerte como la máxima pena contra los malhechores de la comunidad ya no se practica, sino solo en aquellas comunidades que están lejos del influjo del sistema jurídico del Estado peruano. La pena de muerte es el último castigo que se aplica después de agotarse los anteriores castigos y no se tuvo los resultados esperados. Según mejía (2008), en algunas comunidades nativas de la Amazonía es una práctica aún frecuente, así como en algunas comunidades de los andes peruanos a donde el estado no tiene presencia jurídica, educativa, económica ni política.

CAPÍTULO VI

CONTROVERSIAS ENTRE LOS DOS SISTEMAS JURÍDICOS

6.1 **Contradicciones entre las dos concepciones jurídicas**

Según el análisis realizado en los dos capítulos precedentes, claramente se pueden identificar diferencias muy marcadas entre los dos sistemas jurídicos que aún en el Perú es vigente. No es cierto, como sostienen algunos, que solo el derecho positivo que corresponde al Estado peruano sea el sistema que rige la vida de todos los peruanos. Dado que el Perú es un país multicultural, el sistema jurídico del Estado (derecho positivo) está ausente en muchas de las comunidades originarias del interior del país. Este es el caso de algunas comunidades campesino nativas del departamento de Puno.

Existen diferencias notables entre los dos derechos analizados en esta investigación. Según los análisis y las interpretaciones realizadas en los dos capítulos anteriores, se puede afirmar que los dos tipos de sistemas tienen sus particularidades que generalmente colisionan desde la concepción de la cual se originan. No se trata de resaltar la vigencia de un tipo en detrimento del otro, ni desvirtuar uno de los sistemas para reivindicar al otro. Se trata de identificar las



diferencias, y con ello, los contextos diferentes en que cada sistema opera o se manifiesta efectivamente.

En todo caso, el propósito del estudio es revelar la imposición del sistema jurídico formal sobre el sistema jurídico comunal que trastoca la forma de vida en las comunidades campesino nativas, sin resultados que mejoren su situación. Las pocas normas que se promulgaron para reivindicar el derecho de los pueblos originarios, en la mayoría de los casos sólo fueron declarativas, ya que en los hechos, la supremacía del derecho positivo o formal establece, como señala Rojas (2007), un pluralismo jurídico subordinado.

Al respecto Estermann (1998) sostiene que las normas de una determinada organización social dependen de la concepción filosófica que predomina en su seno. El derecho consuetudinario está basado en la concepción cosmogónica; en tanto que el derecho positivo, en la teoría pura del derecho de Kelsen cuya concepción es la filosófica positiva.

Según Ballón (2002), en la concepción andina peruana predomina el principio de la interrelacionalidad entre los hombres y estos con la naturaleza, como la esencia de la vida; en tanto que para la concepción positiva de los occidentales, la relación es vista como una ley científica que se puede probar midiéndola cuantitativamente, sin que tenga que ver con la vida comunal inmediata ni mediata. Para Estermann (1998), la relacionalidad, la complementariedad y la reciprocidad son principios centrales en la vida de la comunidad andina; mientras que en la concepción positivista, la relacionalidad es una ley científica que nada tiene que ver, en concreto, con la vida social de

los seres humanos, sino con una norma que sirve para entender los fenómenos naturales, sociales, etc.

Bajo la concepción andina no es posible la coexistencia con el egoísmo, la rivalidad o el antagonismo, con la competencia que consiste en eliminar o dejar al rival en situación de derrotado o fracasado. Estas son, más bien, características de la concepción positivista. Según la doctrina de Kelsen (2010), las leyes se plantean al margen de las situaciones particulares que pudiesen presentarse, éstas se elaboran o se crean pensándose en abstracto en situaciones generales, que al momento de aplicarse, en casos concretos, resultan siendo ineficaces o, en su defecto, totalmente descontextuales. Este carácter del derecho positivo de Kelsen es cuestionado por Flórez (2010), quien manifiesta que la concepción filosófica del positivismo promueve la rivalidad, el egoísmo, la competencia que exige el uso de estrategias maquiavélicas o el arte del engaño del Chino Zun Tzu, etc.

Para la concepción positiva del derecho la ley es creada para todos, aunque los efectos de su aplicación dependan de quiénes la interpretan y aplican; en tanto que para la concepción cosmogónica andina la ley es también para todos, pero los efectos de su aplicación dependen de la acción consciente de todos para el bien de todos.

6.1.1 Concepciones jurídicas en los dos sistemas

La concepción jurídica de ambos sistemas parte de posturas filosóficas diferentes. Los precolombinos andinos conciben al mundo donde viven con visión holística; para ellos el mundo es una totalidad



donde sus elementos están interrelacionados de manera interdependiente, concibiéndose a sí mismos como uno de sus componentes.

Para el sistema positivo de Kelsen el mundo es creado por el hombre, por eso sostiene la creación del orden jurídico al margen de las condiciones de vida de una determinada sociedad. De alguna forma, para Kelsen el mundo es creado por el hombre y, por eso, considera que el orden jurídico debe ser creado por unos hombres versados en asuntos legislativos. No hay que olvidar que la teoría pura del derecho” de Kelsen fue influenciado por la concepción filosófica de Manuel Kant. Este filósofo alemán defendió la idea de que el mundo es creado por el hombre, es decir, que la realidad no existe, sino en la mente de las personas. Por eso, Ugarte (2007) sostiene que Hans Kelsen dudó de la existencia del mundo exterior.

En la concepción andina el hombre es parte de la pachamama, es un elemento más del cosmos; mientras que para el positivismo de Kelsen el hombre es un ente que vive en el mundo para conocerlo y transformarlo según sus necesidades. El positivista no se siente parte del cosmos, sino su habitante y su transformador proactivo.

En la cultura andina las normas son el reflejo de la concepción holística, y por eso, no hay normas que afecten a la madre naturaleza, ya que el hombre andino se considera parte concomitante del mundo. Estas normas, como ya se analizaron, son pocas y están expresadas holísticamente. Mientras que en la concepción positiva, las normas son



para delimitar la conducta de los seres humanos, como entes individuales que requieren de muchos preceptos punitivos para evitar que se hagan daño. Las normas del orden positivo son creadas por unos cuantos hombres. Las normas respecto de la naturaleza, se prescriben para explotarla según los intereses económicos de las empresas o de los poderes constituidos y predominantes en el país.

En el capítulo IV se vio la intención de Kelsen de convertir al derecho en una disciplina pura, de ahí que a su teoría central la denomina "Teoría Pura del derecho". Por eso, es necesario recordar que una de las posturas de Kelsen (2010) es la siguiente:

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. (p. 19)

En la concepción andina la creación de la tierra es obra del Dios Kon Ticksi Wiraqocha, más conocido como el Dios Wiraqocha. Este Dios fue concebido como un hombre de tez blanca² y de estatura alta, de ojos grandes, que emergió de la nada hace más de cuatro milenios y enseñó a sus habitantes los valores éticos de solidaridad, reciprocidad, desprendimiento, respeto a la madre naturaleza, el saber cultivar la tierra cuidando el agua y sus potencialidades.

² Cuando llegó Pizarro con su comitiva a Cajamarca el 15 de noviembre de 1532, fue visto como el Dios Wiracocha que visitaba al Inca Atahualpa. Por eso, no tomaron las medidas de precaución. Gran error histórico que les costó la vida al Inca y a su corte, y, luego, al Imperio Inca.



Entre muchas versiones que se tejen al respecto, la que más resalta es la versión que sostiene que este Dios emergió del Lago Titikaka entre espumas y vientos agitados.

Según el significado etimológico, Kon significa fuego, Tiksi, fundamento; y Wiraqocha, viene de la voz compuesta Wiraqucha (fusión de las palabras wayra y qucha) que significa un gran viento sobre las espumosas aguas del lago o el gran fuego que ilumina al pueblo. Según la versión que se toma, antes de la presencia del Dios Wiraqocha en el mundo andino, lo que predominaba era el Ch'amak Pacha, es decir, la oscuridad y la nada, a excepción del Sol (Lupi) y la Luna (Paxsi)

Para la concepción positiva, el mundo actual y sus habitantes es producto de la evolución, una concepción explicada y fundamentada por Darwin. Esta es una teoría conocida como la teoría evolucionista. Pero, desde el punto de vista de la creencia occidental con la que convive la teoría positivista, el Dios monoteísta es el Dios que creo todo y tiene como hijo predilecto a "Jesús".

De esta manera, la cultura occidental tiene dos maneras de concebir la vida: Cuando quieren abordar desde el punto de vista de la ciencia, asumen una postura evolucionista; pero cuando quieren abordar desde el punto de vista religioso, asumen una postura creacionista. Esta es una de las puntas de lanza bipolar e hipócrita de la cultura occidental, como sostiene Reinaga (2001). Con esta bipolaridad conquistaron el continente sudamericano y hoy sigue siendo la base de su doctrina con la que promulgan las leyes, aplicándolas como justas y conforme al derecho vigente.



En el mundo andino las normas devienen de las creencias cosmogónicas. Son normas holísticas consideradas como naturales, y por consiguiente, dentro de la teoría jurídica de la cultura occidental, sería clasificada como iusnaturalista, por un lado; pero, por otro lado, si se asume son el resultado de la costumbres y tradiciones ancestrales, se estaría ante un sistema consuetudinario.

En el mundo positivo de Kelsen, las normas son creadas por un órgano legislativo que expresamente existe para ello. Para Kelsen la "norma es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite, y, en especial, se autoriza un comportamiento" (p.19). La norma es positiva en la medida que es creada en función de otra norma superior, que en el caso concreto de un país, sería su carta magna o su constitución política.

En conclusión, las normas del mundo andino son pocas y contextuales, de larga data y holísticas; mientras que las normas positivas son generales (la constitución) y específicas (leyes y reglamentos). Según Kelsen, para que una norma sea válida debe fundarse en una norma superior. En uno de los pasajes de su teoría señala que "la validez de una norma solo puede encontrarse en la validez de otra norma" (p.201). De ahí se deduce que en el sistema jurídico positivo existen dos clases de normas. El mayor que viene a ser la constitución y las menores que son muchas.

Según Reinaga (2001), las normas generales son ambiguas y abstractas, mientras que las específicas, conllevan a la confusión, debido a los vacíos que presentan y, por consiguiente, facilitan la impunidad de los culpables del delito.

6.1.2 Naturaleza de las normas en las dos concepciones

En este estudio se identifican las diferencias existentes entre el derecho consuetudinario, cuya doctrina deviene de la cosmovisión andina, y el derecho positivo, cuya doctrina deviene de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

Respecto del sistema jurídico de los pueblos originarios, se debe señalar, como ya se analizó en el capítulo correspondiente, que está conformado por seis principios y tres normas básicas, cuyos fundamentos se encuentran en la concepción cosmogónica. Mientras que en el sistema jurídico positivo hay principios que colisionan con la cosmovisión andina y, por consiguiente con la forma de concebir el derecho.

Seguidamente se analizan algunos de estos principios que entran en contradicción con los principios y la visión de los pobladores andinos.

- *Principio ontológico*: El principio ontológico considera que todo lo que no está prohibido está permitido. En el sistema jurídico positivo está prohibido solo todo lo que está declarado en las leyes o reglamentos. En el mundo andino lo que no está permitido son aquellos actos o conductas que infraccionan los principios y las normas básicas que los andinos lo tienen interiorizados casi genéticamente. Ante aquello que aparentemente no está establecido con claridad, no se asume ninguna conducta o decisión mientras no se tenga el consejo o la decisión de la comunidad y de sus autoridades. Mientras que en el derecho positivo, lo que no está prohibido se da por permitido, aunque ello implique un perjuicio evidente para terceros o para uno mismo.

- *Principio de la efectividad:* Se refiere a la efectividad de la norma. El principio de la efectividad que se refiere a que una norma es efectiva en la medida en que sea acatada por la mayor cantidad de miembros de la sociedad. Se refiere al “deber ser” de la norma. En el mundo andino la norma es para todos sin excepción y todos deben acatarlas sin excepciones ni condiciones. En la cultura andina las normas no se miden en función de cuantos lo acatan y en qué magnitud, sino son vistas como condición “sine qua non” de la existencia misma de la comunidad. No hay medias tintas, es decir, se acata o no.

Los seguidores de la concepción de que el derecho es un sistema de justicia, consideran que la diferencia entre las normas del estado y de una banda de ladrones, es la justicia. La lógica aquí es la siguiente: Mientras el estado es justo, los ladrones, no. Ante esta concepción Kelsen sostiene que la diferencia no radica en la justicia, sino en la eficacia. Si las normas de la banda de ladrones adquieren mayor relevancia y es aceptada por la mayoría de la población se convertirá en una norma eficaz. Es decir, se trata de cuánta población está dispuesta a comportarse según tal o cual norma.

Al respecto Kelsen (2010) sostiene que debido a que en cada país existen diferentes maneras de concebir la justicia, la norma jurídica no puede responder a las diferentes concepciones, sino a los términos que prescribe, por consiguiente, el derecho es coactivo; mientras que la justicia es moral. Son fenómenos diferentes. Por consiguiente, el sistema jurídico del derecho positivo es igual que el

sistema jurídico de una banda de delincuentes. La diferencia solo radica en su eficacia.

Ante esta postura de Kelsen, los primeros cuestionamientos frontales surgen con aquellos hechos históricos muy notables, como es el caso del ascenso del nazismo de Hitler en Alemania, el totalitarismo de Stalin (estatismo radical) en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), etc. Según aquellos hechos históricos, las normas jurídicas de estos regímenes totalitarios fueron correctas, dado que para Kelsen el sistema jurídico nada tiene que ver con la justicia. De esta manera Kelsen promueve una teoría que fundamentó los dos sistemas monstruosos que la historia universal registra.

En el sistema jurídico consuetudinario de los pobladores andinos, las normas no están alejadas de la moral, todo lo contrario, son una suerte de filtros o supervisores de su correcta aplicación. Desde este punto de vista el orden jurídico andino es concomitante a la vida comunal, a su tradición, a sus costumbres y creencias cosmogónicas.

- *Principio de la inviolabilidad:* Este principio deviene de la concepción de Kant, quien sostiene que las personas son fines en sí mismas y no pueden ser utilizadas como medios para el beneficio de otros. Por eso el orden jurídico peruano, considera que la persona es el fin supremo del Estado. Mientras que en la concepción andina el fin supremo es la comunidad y no el individuo, aunque para ello hay que asegurar el bienestar de sus miembros.

Esto es lo que se advierte en la teoría pura del derecho de Kelsen, cuando sostiene que los individuos son separables e

independientes, lo que hace que no se puedan tratar los deseos e intereses de diferentes personas como si fuera los de una misma persona, aunque se pueden sacrificar los intereses individuales en aras de otros más importantes. Este principio de la inviolabilidad de la persona humana, según el derecho positivo, se refiere a la posibilidad de imponer cargas compensables o no, según el consentimiento de la persona. Como se puede deducir, es un principio individualista que se diferencia mucho del principio de complementariedad y de reciprocidad del sistema jurídico andino.

- *Principio de la autonomía:* Este principio se refiere a la separación del Estado de los planes de sus habitantes. Dentro del sistema jurídico positivo, el Estado crea instituciones neutrales a las personas que las integran, aunque puede darse el caso que el Estado facilite la realización de los planes individuales. Este principio pertenece a la filosofía liberal. Lo contrario sería, según este principio, el Estado intervencionista. En las comunidades campesinas nativas de los andes del Perú y, particularmente de la región Puno, no existe esta separación. En los pueblos originarios la comunidad es el individuo y el individuo es la comunidad. En esa sinergia cosmogónica, el principio de la complementariedad adquiere mucha importancia.

Kelsen tiene la misma postura respecto de las normas. Él considera que lo "que es", no se puede confundir ni se puede concebir como fenómenos cercanos, con lo que "debe ser". Son dos fenómenos distintos que ya están dados. En el segundo caso, estos dos fenómenos son evidentemente diferentes y que nadie puede negar.

Para Kelsen la norma positiva y, por consiguiente, el derecho positivo corresponde al "deber ser", es decir, lo que debe ser la conducta de los seres humanos en un determinado contexto.

Sin embargo, según deja entender Ugarte (1995), Kelsen comete el gran error de separar el "ser" del "deber ser", ya que ambos, más bien, están unidos por la existencia del "ser". Es el "ser" quien proyecta durante su existencia su "deber ser", es decir, el "deber ser" es la proyección de vida del "ser". Ambos elementos están unidos por el cordón umbilical de la vida. De la misma manera se puede decir que una sociedad dada es el "ser" y lo que "debe ser" es su prospección natural de seguir viviendo o existiendo.

Por consiguiente, es un error de concepción separar dos eventos que, más bien, se manifiestan unidos. Esto quiere decir, de otra manera, que el sistema jurídico es la manifestación real y objetiva de la vida de una determinada sociedad, tal como se puede deducir de la concepción cosmogónica de los pobladores andinos.

- *Principio de la legitimidad:* Se refiere a la legitimidad de las normas. El sistema jurídico de los pueblos originarios tiene una legitimidad natural, ya que todos los integrantes de una comunidad aceptan desde la niñez los principios y las normas bajo los cuales viven. No ocurre así en el sistema jurídico positivo. En este sistema las normas son creadas y promulgadas por un órgano legislativo. Este órgano legislativo, elabora las normas, arrogándose la representatividad del pueblo, las



discute, y luego, las promulga para que, al día siguiente de su publicación, entren en vigencia y sean acatadas.

Según las estadísticas existentes, en la mayoría de los países, las normas promulgadas por un órgano legislativo o por el gobierno de turno, carecieron de consenso, es decir, la mayoría de la población muestra su descontento o su desacuerdo.

No sucede así con el sistema jurídico de una comunidad campesina nativa. Allí, en primer lugar, las normas no se promulgan cada cierto tiempo, sino que existen consuetudinariamente desde tiempos inmemoriales y se dan por normas correctas y pertinentes para la comunidad. En segundo lugar, la aceptación de las normas consuetudinarias se da desde que el niño adquiere uso de razón y lo va interiorizando en la medida en que su desarrollo psico-biológico le va exigiendo mayores conductas y decisiones dentro del seno de la comunidad.

Las normas del sistema jurídico positivo que postula Kelsen, siempre acogen los valores de una determinada cultura dominante y se olvidan, marginan o excluyen al resto de las culturas del país, salvo que éste sea una sola cultura. La situación se torna mucho más diferenciada en cuanto respecta a los factores socio-económicos entre los estratos sociales dentro de un Estado. La norma jurídica positiva expresa los intereses de las clases sociales que se encuentra directa o indirectamente en el poder del Estado, mientras que los estratos sociales marginados del poder no se ven representados en las normas

que se promulgan. Esta es una de las falencias notables del sistema jurídico que postula Kelsen.

En el sistema jurídico consuetudinario, las normas son válidas para todos los estratos sociales y económicos. Además, una comunidad es una sola cultura. No existe registros que dentro de una comunidad nativa, hayan a la vez otras culturas en convivencia subordinada o igualitaria. Por consiguiente, las normas son coherentes a las condiciones socio-económicas y culturales de la comunidad.

- *Principio del sustento teórico:* Este principio se refiere a que ninguna propuesta de normas de conducta es ajena a una concepción o a una doctrina ideológica, filosófica o política. Desde el punto de vista de las teorías o doctrinas que sustentan un sistema jurídico, es evidente que el derecho positivo del Perú se basa fundamentalmente en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, por un lado, y, por otro lado, en la Escuela de la Exégesis y la Escuela de la Dogmática. Mientras que el sistema consuetudinario no tiene escuelas o doctrinas que la sustenten, sino sólo una concepción cosmogónica y simbólica que, en todo caso, constituye su piedra angular.

Según la teoría pura del derecho de Kelsen y la Escuela de la Exégesis, el rol del Juez es sólo emitir la sentencia conforme a Ley, sin que tenga que importarle si la sentencia es justa o no, si es razonable o no y si corresponde al contexto o no. No se tiene que buscar otras razones o situaciones fuera del marco de la ley. El juez es el portavoz de la ley. Dentro de este marco, se opta por la rigidez inmutable del derecho, cerrando las puertas para el acceso de nuevos



preceptos e ideas para mejorar la administración de la justicia. Además, la aplicación literal de la ley, al margen del contexto, sin tomar en cuenta las agravantes o los orígenes de un hecho, se cometen injusticias desde la perspectiva moral.

Para Kelsen el derecho no tiene ni puede tener como objeto la justicia, debido a que no hay una moral absoluta ni objetiva. El distintivo principal del derecho es su carácter coactivo, es decir, la exigencia a comportarse de acuerdo a la norma prescrita, de lo contrario será pasible de sanción prevista en la norma. Aunque el concepto de "justicia" es polisémico, es decir, cada disciplina concibe desde su postura epistemológica de diferente manera; sin embargo, en lo que la mayoría está de acuerdo es que el concepto de justicia es una categoría moral. Dar a cada cual según lo que le corresponde o dar a cada cual según la razón y la verdad.

Debido a que en cada país existen diferentes maneras de concebir la justicia, la norma jurídica no puede responder a las diferentes concepciones, sino a los términos que prescribe, por consiguiente, el derecho es coactivo; mientras que la justicia es moral. Son fenómenos diferentes. Por consiguiente, como ya se dijo, el sistema jurídico del derecho positivo es igual que el sistema jurídico de una banda de delincuentes. La diferencia solo radica en su eficacia.

Los seguidores de la concepción de que el derecho es un sistema de justicia consideran que la diferencia, entre las normas del Estado y de una banda de ladrones, es la justicia. La lógica aquí es la



siguiente: Mientras el estado es justo, los ladrones, no. Ante esta concepción, como se dijo, Kelsen sostiene que la diferencia no radica en la justicia, sino en la eficacia. Si las normas de la banda de ladrones adquieren mayor relevancia y es aceptada por la mayoría de la población se convertirá en una norma eficaz. Es decir, se trata de cuánta población está dispuesta a comportarse según tal o cual norma.

Los seguidores de Kelsen en el Perú, aún no entienden que los primeros cuestionamientos frontales contra Kelsen surgen con aquellos hechos históricos muy notables, como es el caso del ascenso del nazismo de Hitler en Alemania, el totalitarismo de Stalin (estatismo radical) en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), etc. Según aquellos hechos históricos, las normas jurídicas de estos regímenes totalitarios fueron correctas, dado que para Kelsen el sistema jurídico nada tiene que ver con la justicia. De esta manera Kelsen promueve una teoría que fundamentó los dos sistemas monstruosos que la historia universal registra.

De la misma manera, se puede sostener que hoy las leyes mineras en el Perú "son justas", aunque los pueblos originarios sigan luchando contra ellas debido a que se dieron al margen de sus derechos e intereses.

A lo dicho hasta aquí hay que considerar las críticas de tres tratadistas connotados a nivel internacional. Los primeros son Martínez y Fernández (2005), quienes sostienen lo siguiente:



El positivismo jurídico se ha preocupado en exceso por determinar con certeza el Derecho, tanto para proporcionar al destinatario una seguridad en el conocimiento de las normas como para lograr una previsibilidad en la decisión judicial. Esta preocupación, que en principio es sin duda positiva, no puede reducirse simplemente al mero conocimiento de unas normas, sean éstas las que sean y manden lo que manden. La idea de seguridad jurídica sólo alcanza su verdadero sentido cuando se la concibe dentro de unas coordenadas valorativas y compaginadas con la consecución de un cierto nivel de justicia. (p.54)

Un segundo tratadista es Peña (2011), quien cuestiona al positivismo jurídico en los términos siguientes:

La esencia del positivismo jurídico es considerar las reglas jurídicas establecidas como las únicas normas de la conducta humana y de profesar, por consiguiente, la plenitud del orden jurídico positivo. Pero admitiendo la exactitud de esta concepción, no se puede evitar el preguntarse a qué título este orden positivo se impone a nuestra obediencia y por qué nos hallamos forzados a inclinarnos frente al mandato. (p.36)

Finalmente, una tercera fuente se trata de Gómez (2014) quien señala que:

El rasgo fundamental del positivismo desde un punto de vista epistemológico es su monismo. Se afirma la sola existencia de un derecho: el positivo, negando cualquier fundamentación del mismo desde un supuesto ordenamiento superior a él (el derecho natural). Desde esta base general, el positivismo jurídico tomó diversas direcciones (normativismo, legalismo, sociologismo, etc.). (p.54)

Ante estos cuestionamientos irrefutables, Kelsen tuvo que admitir el error y rectificarse, señalando que en su principio de efectividad del derecho había una excepción. Esta excepción se refiere a la capacidad de los hombres de observar la eficacia de las normas en virtud de la razón. Con esta excepción que agrega a su teoría, la pureza de su teoría pura del derecho se viene abajo. Como se puede inferir, su teoría es contaminada por elementos sociológicos del derecho. Claramente se advierte que su exceso de abstracción formalista le trajo este problema insalvable. La validez formal del derecho no es todo; también cobra importancia la efectividad real de un sistema jurídico que tiene que acoplarse coherentemente con la cultura de la sociedad donde se pretende ejercer el derecho.

Por eso, Popper con mucha razón denunció, en su *Sociedad Abierta* (1945), que la teoría pura del derecho de Kelsen es una pseudociencia como el marxismo o el freudismo, cuyos postulados son considerados por sus autores como enunciados irrefutables. La ciencia, como deja entender Popper, no trabaja con enunciados irrefutables ni absolutos, sino todo lo contrario, con enunciados que pueden ser refutados como falsos (Teoría de la falsación de Popper).

6.2 Diferencias en la aplicación de los dos sistemas jurídicos

Después de analizar las contradicciones entre las dos concepciones respecto de los sistemas jurídicos, se analizan las diferencias entre estos dos sistemas respecto de su aplicación y de sus efectos sociales.



En el derecho consuetudinario, las normas son eminentemente contextuales, y además, la aplicación de una norma es evaluada desde el punto de vista de sus consecuencias y efectos en la comunidad. Jamás una pena o un castigo se aplica para perjudicar al individuo pasible de castigo, sino para redimirlo e insertarlo nuevamente en la dinámica evolutiva de la comunidad. Se puede afirmar que hay una directa y fuerte aplicación de los valores morales que, a su vez, son normas consuetudinarias como el ama sua, ama qella y el ama llulla.

El derecho consuetudinario no tiene otro sustento que la concepción cosmogónica, simbólica y holística de sus miembros. La garantía de una justa o adecuada aplicación de la justicia es la prevalencia en la memoria cotidiana de su población, de los principios, de las normas y valores ancestrales de su comunidad. Por ejemplo, el mundo del Kollasuyo, que se encuentra sobre los 3827m.s.n.m., es un ambiente ecológico y cósmico que condiciona una forma de administración de justicia y a la vez una forma de vida cotidiana del que ningún miembro puede sustraerse. Si se trata de normas que se deben tomar en cuenta, éstas están presentes en cada momento y todos los días.

Desde el punto de vista de la demanda de justicia, en el derecho positivo el interesado tiene que presentar su demanda por escrito y con la firma de un abogado, siendo el trámite burocrático y engorroso, lo que de por sí resulta muy costoso. Muchas veces, el trámite largo, dilatado, engorroso y muy costoso de por sí resulta siendo un acto de injusticia que el demandante sufre. Muchas veces, por eso, se opta por no presentar ninguna demanda de justicia ante ninguna instancia judicial. De ahí que aquellos que ya vivieron una experiencia frustrante, recomiendan un arreglo extrajudicial.



Dentro del marco del derecho consuetudinario que aún pervive en muchas comunidades campesino nativas del país, la demanda de justicia y su administración se realiza en el día. En algunos casos, según la naturaleza del hecho, puede durar algunos días, pero nunca más de una semana. Una vez que existe la demanda oral de parte, la junta directiva de la comunidad, actúa de oficio para administrar la justicia como corresponde, haciendo participar siempre a toda la comunidad. Al demandante no le cuesta ni un centavo la justicia que espera alcanzar, ni tampoco tiene que realizar un largo proceso burocrático de apelaciones, demandas, juicios orales e impugnaciones que duran en la mayoría de los casos más de cinco años. Muchas veces, según las estadísticas existentes, no se alcanza la justicia que se espera, sino todo lo contrario, el encuentro directo con la injusticia es una realidad recurrente.

Una de las razones del por qué la delincuencia viene creciendo en todo el país es debido a lo engorroso que resulta el procedimiento para demandar justicia. El ladrón que hurtó una bolsa o un celular, no recibe ningún castigo, sino solo una amonestación. En el colmo de los hechos, ni siquiera la víctima recupera su bien robado. En los casos en que el delito es agravado, este es el caso de los delincuentes que asesinan durante el robo, es un proceso largo que generalmente termina con la absolución del delincuente, porque éste dispone de buenos abogados a quienes les paga muy bien con el dinero robado. De esta manera, el procedimiento burocrático es un contexto favorable para los delincuentes.

Una diferencia que marca distancias abismales entre los dos tipos de derechos es el conocimiento de la norma. Mientras que en el derecho positivo la norma es conocida sólo por los actores judiciales, es decir, por los jueces, los

abogados y los fiscales, y sólo por algunos policías; en el derecho consuetudinario, la norma es conocida especialmente por el pueblo, es decir, por los integrantes de la comunidad, más que por los dirigentes o jefes. Esta es una diferencia que gravita mucho en los efectos de la aplicación de la ley; ya que en la sociedad formal el desconocimiento de la ley es aprovechado por los operadores de la justicia en detrimento de los que por obvias razones desconocen.

En las siguientes líneas se establecen las diferencias en la aplicación de los dos sistemas jurídicos y los efectos que se manifiestan. En esta comparación se ve notablemente que el derecho consuetudinario es más efectivo y más justo que el derecho positivo. Con este propósito se consideran algunos criterios de comparación como la comunicación de las normas, el rol de los operadores de la ley, el procedimiento de la administración de justicia, la etapa de la investigación preparatoria para la acusación, el juicio y la resolución judicial o decisión del juez.

Comunicación o socialización de las normas: Como se sabe, ninguna norma, por más que esté bien planteada, será efectiva si no se pone en conocimiento de la población. Por eso, Ivancevich (2005) señala que toda norma para que tenga los efectos esperados, es necesario que sea difundido profusamente y por todos los medios masivos. Una norma no es para que sólo sepan sus autores o para que sepan las autoridades. Uno de los requisitos indispensables para que los usuarios tomen decisiones según los preceptos y se eviten los problemas, es el conocimiento de la norma.



Por otro lado, Chiavenato (2009) deja entender que en la medida en que los destinatarios de la norma conozcan, habrá menos problemas delictivos. En efecto, con mucha frecuencia hay problemas de tipo social debido a que la población desconoce de los preceptos de una norma. Además, el abuso de autoridad se produce con frecuencia debido a que las víctimas desconocen la norma. La demanda de justicia, en la mayoría de la ocasiones resulta siendo motivo de otra injusticia cometida por las autoridades y operadores de la justicia, por desconocimiento de la norma.

Como sostiene Ardiles (2014), en muchas comunidades campesino nativas del interior del país, el Estado está ausente con su sistema jurídico. Según los estudios existentes, los campesinos desconocen las leyes vigentes que directamente tienen que ver con sus derechos y con los supuestos actos ilícitos que cometen con frecuencia por desconocimiento. Este es el caso de la comunidad de Llaquepa, distrito de Pomata, donde la familia de "FQP" dejó morir voluntariamente por inanición al infante de iniciales "NN" (Anexo 4). De la misma manera podemos señalar de la aplicación de la justicia comunitaria en la Comunidad de Molloco, distrito de Acora, en el año 1993 (Anexo 5), donde se ajustició con pena de muerte a un abigeo. En estos casos y en muchos otros casos similares, ocurridos a lo largo de los andes del Perú, se observa con claridad que el Estado no está presente con la ley como debe ser. Existe la ley, pero nadie conoce ni nadie sabe aplicar en los términos cómo se prescribe. Los mismos actores judiciales como son los fiscales y los jueces, cometen abusos por desconocimiento integral de la ley.

En el sistema jurídico consuetudinario es diferente. El conocimiento de las normas y los principios del derecho comunal se da desde la niñez y a los largo

de su vida. Todos los miembros de la comunidad conocen las normas vigentes de la comunidad y siempre están a la expectativa de su aplicación. Es la comunidad, por consiguiente, la que exige y hace que se aplique la norma como debe aplicarse. No hay operadores especiales de la ley comunal, sino es la misma comunidad la que bajo la conducción de sus dirigentes, lo administra y lo mantiene vigente. De esta manera, en una comunidad campesina nativa, donde aún pervive la cosmovisión andina, todos son sus miembros son depositarios de la ley consuetudinaria, de su difusión y de su aplicación efectiva. No hay lugar para el abuso de autoridad ni para el prevaricato.

Por ejemplo, el "ama sua", no seas ladrón, es una norma que los padres le empiezan a repetir todos los días al hijo menor. De esta manera en toda la comunidad, se interioriza esta norma como un elemento concomitante en la vida de los comuneros. Esta es la razón por la que en aquellas comunidades donde aún no llegó la cultura occidental con su egoísmo, su rapiña y su malicia, las familias dejan sus viviendas sin ningún tipo de seguridad como candados o puertas bien cerradas con mecanismos especiales para evitar la presencia de delincuentes. En una comunidad nativa no hay delincuentes.

Rol de los operadores de la administración de justicia: Dentro del sistema jurídico positivo, los operadores de la ley son los jueces, los fiscales, los abogados o defensores de oficio y la policía nacional. La actuación de cada uno de estos actores de la administración de justicia formal o justicia positiva, depende de la medida en que conozcan adecuadamente la ley, sepan interpretar y aplicar de acuerdo a los hechos que deben resolver, y asuman actitudes basadas en principios morales. En el Perú, tal como señalan las estadísticas, la

mayoría de estos operadores, interpretan descontextualmente la ley y su aplicación genera más problemas de lo que había. Esa es una de las principales deficiencias del orden jurídico positivo, basado en la teoría pura del derecho de Kelsen. La ausencia de moralidad y la deficiente preparación de sus operadores es la principal falencia del sistema jurídico positivo en el Perú.

De los muchos casos que se dieron a conocer a través de los medios masivos de comunicación, se infiere que los operadores de la justicia evidencian vacíos en cuanto al conocimiento adecuado de la ley, así como de la incapacidad que evidencian para interpretar y aplicar dentro del marco de la justicia que los litigantes esperan. De esta manera el derecho positivo que el Estado defiende y promueve, es sabotado por sus mismos operadores.

Con el derecho consuetudinario el asunto es diferente. En una comunidad campesina nativa, donde aún se administra la justicia bajo el derecho consuetudinario, no hay operadores de la ley. Todos los miembros de la comunidad son sus operadores. En este sistema no se registran actos de prevaricato, de corrupción, de favoritismos o tráfico de influencias, así como tampoco hay deficiencias por desconocimiento de la ley. Los problemas, los conflictos y las situaciones adversas que se presentan en una comunidad campesina nativa, se resuelven efectivamente, satisfaciendo las expectativas de ambas partes.

Por ejemplo, en los casos de abigeato, que a veces se presentan en una comunidad nativa, inmediatamente los miembros de la comunidad se reúnen y todos asumen con suma responsabilidad la tarea de identificar al abigeo. En el transcurso de 24 horas, el delincuente es identificado plenamente y se toman las medidas correspondientes. Durante estos últimos tiempos, los abigeos son

foráneos y, por eso la comunidad, adopta medidas de protección, organizando rondas campesinas que evitan este tipo de robos. Si este caso se pusiese en manos de la justicia formal, aún estarían buscando al abigeo y, mientras tanto, se producirían otros robos.

Procedimientos de la administración de justicia: En el sistema jurídico del país para acceder a la justicia se tiene que seguir un procedimiento burocrático. En la mayoría de las veces la parte interesada tiene que presentar la demanda de justicia por escrito y con la firma de un abogado. En otras ocasiones debe denunciar ante un puesto policial. Luego, para que la demanda prospere, tiene que hacerse el seguimiento, reiterando la demanda o la denuncia, exigiendo que se actúe, yendo con el abogado para averiguar cuánto se está tramitando el caso. Si es un acto ilícito grave como robo, asalto, daños a la integridad física o asesinato, tiene que alcanzar pruebas, como testigos, fotos, filmaciones, certificados médicos, etc.

Este proceso demora mucho tiempo hasta que se pueda alcanzar algún resultado. En los casos simples, como agravios, agresiones verbales o físicas, problemas de linderos, el proceso demora en promedio un año; pero si se trata de robos, asaltos, asesinatos, demora en promedio de 3 a 10 años. Ahí están los casos como el linchamiento del Ex Alcalde de Ilave que demoró 8 años y más; el caso del accidente de tránsito de la Empresa de Transportes JULSA que dejó lisiada para siempre a la señora Juana Quispe, que demoró más de 3 años hasta la sentencia en contra de la Empresa y contra el chofer. Luego se tienen las denuncias en contra de las autoridades municipales y regionales por actos de



corrupción que demoran años, y a veces, no termina en ninguna sentencia punitiva, sino más bien en absoluciones cuestionables.

Al tiempo que demora el proceso para alcanzar la justicia dentro del marco del sistema jurídico positivo, se suma el costo económico que generalmente es oneroso. Además, las preocupaciones, los problemas y frustraciones familiares son los otros costos que demanda seguir un proceso judicial dentro del sistema jurídico positivo que caracteriza al derecho positivo del Perú. Para un proceso largo, el interesado en alcanzar la justicia, tiene que gastar mucho dinero pagando los servicios de un abogado, los costos de los trámites, la recolección de las pruebas, etc. A este gasto y esfuerzo se suma la pérdida de horas de trabajo para asistir reiteradamente a las instalaciones del Poder Judicial donde se ventila el caso.

Todo el gasto de dinero y pérdida de horas de trabajo, en la mayoría de las veces, no se ve recompensado con el logro de la justicia, como debería ser, sino sólo se alcanza una gran decepción y frustración porque la justicia no llega o no se logra como se esperaba al comienzo del proceso. Además, el tiempo transcurre más de lo debido, unos dos o tres años, para un caso que debió resolver a lo mucho en un mes.

Todo lo contrario sucede con el sistema jurídico consuetudinario. La demanda de justicia o la denuncia es sólo oral, ante la autoridad de la comunidad que viene a ser el Presidente o el Jefe. Inmediatamente la autoridad comunal procede con las medias que sean necesarias. Si cabe algunas indagaciones, se procede de inmediato o, en su defecto, si cabe tomarse decisiones para resolver el asunto, se procede en el acto. No hay lugar para subterfugios ni para actos de corrupción. Toda la comunidad se entera del caso y no hay espacio para los

vicios del sistema jurídico formal que es un asunto recurrente en la justicia peruana.

Cuando se trata de casos recurrentes como peleas entre los esposos, la invasión de los pastizales por el ganado del vecino, la indefinición de linderos, etc., la solución muchas veces se alcanza sólo con la intermediación persuasiva de la autoridad comunal, quien promueve la conversación entre los litigantes en el lugar de los hechos.

En los casos que se producen abigeatos, agresiones físicas que ocasionan lesiones graves en la salud de la víctima, invasión de terrenos en forma recurrente, peleas frecuentes entre familias vecinas, incumplimiento de los acuerdos comunales, la autoridad convoca a la asamblea comunal para las decisiones que sean necesarias.

Una diferencia notable de la justicia comunal, respecto de la justicia positiva del Estado, es el gasto económico y la pérdida de horas de trabajo. Mientras en la justicia formal cuesta mucho y se demora una eternidad, en la justicia comunal es en el acto, es ipso facto. En cuanto al tiempo, la mayoría de los casos, la administración de justicia comunal se resuelve dentro de las 24 horas, es decir, en el día. Sólo cuando el asunto es grave puede demorar algunos días, pero jamás, según los registros que se tiene, más de una semana.

Las investigaciones para formular la acusación: Según el Nuevo Código Procesal Penal del Perú, por citar un caso concreto, el Fiscal tiene que preparar la acusación debidamente con todas las pruebas necesarias para sustentar. Con este motivo, el Fiscal toma las actuaciones y los informes de la policía, si ese es el caso, así como las pruebas y testimonios de la parte

interesada, si es el otro caso. Si la demanda es de la parte interesada ante la fiscalía, éste tiene que presentar la denuncia con todas las pruebas que sean necesarias para sostener la denuncia o la demanda, aparte de que tiene que contar con testigos.

Según la experiencia que se tiene acerca de este tema, todo este proceso de preparar la denuncia o la demanda de justicia demora un tiempo que comprende de 15 días a un año aproximadamente. Mucho depende de los recursos económicos y de las influencias que el interesado tenga para acelerar o demorar el proceso. En los hechos, las expectativas de justicia de la parte interesada terminan a mitad de este proceso por los factores señalados: Dinero, tiempo, indiferencias, los trámites engorrosos y la falta de prueba contundentes, aunque en el fondo el acto ilícito existe y merece una sanción.

En el país son recurrentes las denuncias en contra de las autoridades municipales y regionales por actos de corrupción consistentes en el tráfico de influencias, nepotismo encubierto, cohecho y sobrevaloraciones. Muchos de estos actos ilícitos denunciados por los medios de comunicación no reciben el castigo que merecen porque no hay pruebas verificables; sin embargo, los ilícitos efectivamente se cometieron. Los testigos oculares y verbales no quieren comprometerse, aunque los testimonios pueden comprarse y, por eso, carecen de peso en el momento de presentarse formalmente la denuncia.

Según la teoría pura del derecho de Kelsen y, en general, la filosofía positivista, postulada por Comte, Durkheim y Popper, para afirmar la verdad de un hecho en cuestión se requiere de pruebas verificables, vistos y palpables. Es decir, para inculpar a un delincuente o corrupto se requiere pruebas palpables, pruebas verificables. De esta manera, el sistema jurídico positivo favorece la



comisión de actos de corrupción y una serie interminables de ilícitos penales en las esferas más altas de la administración pública del Estado peruano.

Mientras que en el sistema jurídico consuetudinario la investigación es ipso facto, directo y al margen de procedimientos burocráticos. En este sistema no se hace indispensable las pruebas fehacientes y verificables para proceder recién con la acusación y alcanzar la justicia. Muchas veces, basta la versión de un miembro de la comunidad de quien no se tiene dudas de su versión debido a sus antecedentes de buena reputación. La explicación de este proceder se encuentra en la vida comunal basada en la concepción cosmogónica. Dentro de una comunidad campesino nativa, todos se conocen, todos viven bajo los preceptos de las pocas normas y muy sustantivas que les rigen, así como bajo el influjo de los principios y valores concomitantes a su naturaleza comunal y a su cosmovisión andina.

En un caso concreto de violación de las normas de la comunidad, la autoridad, tras la denuncia recibida, conversa inmediatamente con el acusado, junto a la presencia del interesado y de las demás autoridades. Esta conversación se realiza considerando los antecedentes, el hecho materia de la acusación, las consecuencias de la decisión que se pueda tomar. En este proceso sumario es una característica recurrente que la autoridad comunal, según señala Rojas (2007), aplique la mayéutica de Sócrates, sin tener ningún estudio al respecto ni mucho menos saber de su existencia.

En los casos en que la conversación no resuelve el asunto, se recurre a la asamblea comunal como una instancia de justicia suprema y desde esta instancia se evalúa, se indaga y se toman las decisiones que sean necesarias. En esa instancia no hay espacio ni tiempo para los subterfugios, las coimas, los

sobornos, las coartadas o algo similar, ya que todos los miembros de la comunidad están a la expectativa cual si fuesen jueces vigilantes. Ante la abrumadora presencia de la comunidad, el infractor reconoce su delito que de ninguna manera es forzada ni condicionada. Las pruebas más que evidentes se manifiestan como por “arte de magia” para dejar sin dudas la medida que se vaya a tomar. En caso de hurto se devuelve el bien, si se trata del robo de un ganado, se retorna a su dueño; si se trata de una agresión física se pide perdón a la víctima y se hacen los reparos correspondientes. En general las pruebas vienen inmediatamente después de reconocerse la falta y determinarse la sanción.

El juicio oral y la decisión final: Siguiendo el proceso del Nuevo Código Procesal Penal del Perú, el juicio consiste en un proceso de confrontación de los argumentos de las dos partes litigantes ante la presencia de los jueces. Para esta etapa existe todo un protocolo que los abogados de las dos partes, así como el Fiscal y los jueces, deben cumplir obligatoriamente. A esta etapa se le conoce como el juicio oral que termina, luego, con la resolución judicial que consiste en la decisión de los jueces tras la evaluación de los argumentos presentados por las defensas de ambas partes.

En el ínterin del juicio y la resolución hay una serie de hechos que pueden demorar meses o años hasta que se dé la resolución judicial. Inclusive, luego de la resolución existe la posibilidad de la apelación, de la impugnación o de la solicitud de la reconsideración que demandará otro tiempo consistente en meses y meses o años y años. Además, existe el derecho de recurrir a instancias supranacionales para continuar con el proceso. En la mayoría de los casos, la



víctima que recurrió al Poder Judicial, no alcanza la justicia, o en su defecto, lo alcanza muy tarde.

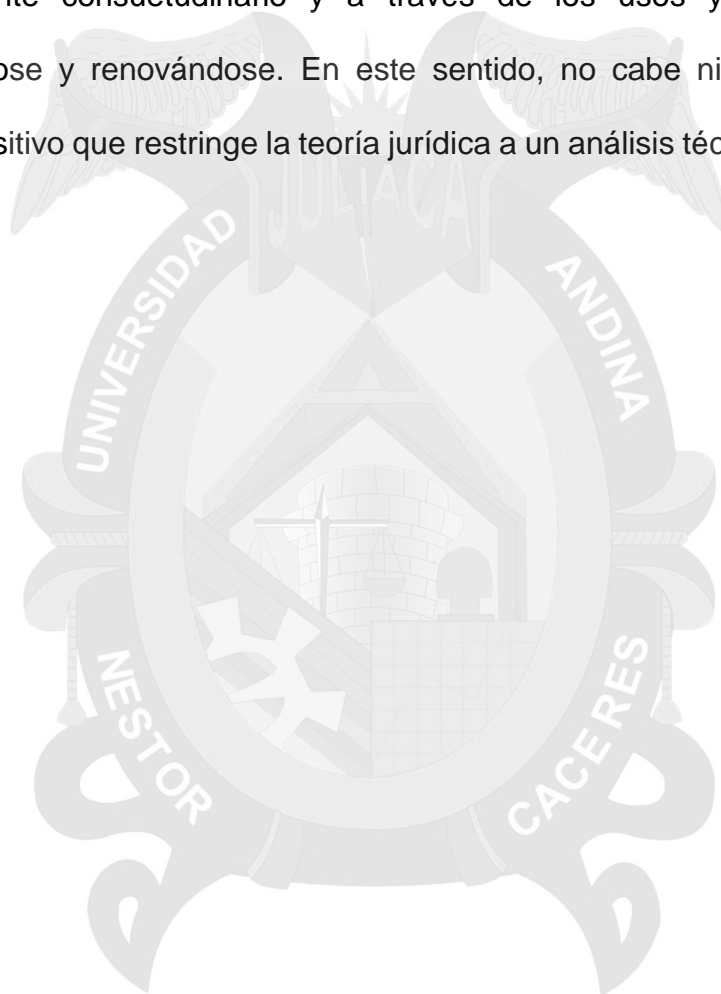
Todo lo contrario sucede con el sistema jurídico consuetudinario basado en la cosmovisión andina. Como ya se apuntó en los acápites anteriores, el juicio en una comunidad campesina nativa es de inmediato y la resolución es expeditiva, es decir, ipso facto.

La diferencia más importante del juicio expeditivo, bajo el sistema jurídico consuetudinario, es la resolución constructiva, satisfactoria, lejos de rencores, enemistades, de venganzas posteriores o reiteraciones en las faltas o infracciones, como sostiene Flórez (2010). La resolución judicial dentro del sistema consuetudinario es efectiva y reparadora en términos materiales y morales, por lo tanto, es constructiva. Tras una resolución judicial en el sistema consuetudinario nadie pierde, sino todos ganan. Mientras que con el sistema jurídico positivo del Perú unos pierden y otros ganan, lo que genera deseos de venganza, frustraciones y se generan caminos abiertos para más actos ilícitos y confrontaciones negativas.

Trasímaco fue un filósofo sofista en los diálogos de Platón. Este sofista declarado, tenía el convencimiento de que el derecho y la justicia, no era más que la expresión de dominación de quienes ostentaban el poder. La postura de este filósofo griego de la edad antigua, aún sigue vigente en los tiempos actuales, ya que en muchos países del mundo, donde se proclama la democracia como sistema político, el sistema jurídico pareciera que estuviese dado en favor de los grupos de poder. El actual proceso electoral que se vive en el país, es una demostración de esta observación de Trasímaco.



Siguiendo este mismo razonamiento, Ochoa (2002) insinúa que, por eso, el derecho no debe plasmarse en códigos dados por los legisladores. El orden jurídico, como el sistema lingüístico, es la obra callada del espíritu de cada pueblo, del alma popular de las comunidades nativas. El derecho es esencialmente consuetudinario y a través de los usos y costumbres va rediseñándose y renovándose. En este sentido, no cabe ninguna forma del derecho positivo que restringe la teoría jurídica a un análisis técnico del derecho.





CONCLUSIONES

PRIMERA: La principal base doctrinal del sistema jurídico actual del Perú, según el análisis realizado, se encuentra en la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen, cuyos planteamientos corresponden al derecho positivo; en tanto que el sistema jurídico que aún pervive en muchas comunidades campesino nativas de los andes del Perú y, particularmente en la región Puno, tiene su base doctrinal en la cosmovisión andina, cuyos planteamientos corresponden al derecho consuetudinario.

SEGUNDA: Las características más representativas de la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen son las siguientes: Su teoría es influida por la escuela kantista que sostiene que la realidad es creada por el hombre; el derecho debe ser independiente de todos los demás factores o variables; el sistema jurídico debe responder al "deber ser" y no al "ser"; toda norma debe ser fundada en una norma superior; la norma debe ser ajena a los valores humanos y sociales; el sistema jurídico debe ser tomado como un sistema coactivo; y finalmente, el derecho debe ser ajeno a las expectativas de justicia de las culturas humanas.



TERCERA: Tras el análisis realizado, la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen sustenta doctrinalmente, en muchos aspectos, al sistema jurídico actual del Perú. Estos aspectos son los siguientes: Las leyes son dadas por el poder legislativo, lo que corresponde al planteamiento de Kelsen que sostiene que las leyes deben ser dadas por un grupo de personas versadas; las leyes en el Perú son preceptos coactivos y no preventivos ni fomentadores de la vida pacífica, tal como se sostiene que debe ser un sistema jurídico en el pensamiento de Kelsen; las leyes peruanas no responden a la realidad socioeconómica ni cultural de las diferentes nacionalidades que conviven en el país, lo que se condice con el planteamiento de que las leyes deben responder al "deber ser"; las leyes deben ser interpretadas para cada caso que se presenta y deben ceñirse a sus preceptos, sin importar si son justas o no, aplicándose fríamente, sin importar los valores morales que pueden subyacer en el caso en cuestión, lo que se condice con las propuestas teóricas de Kelsen.

CUARTA: Los fundamentos cosmogónicos más representativos del derecho consuetudinario de los pueblos originarios del mundo andino se encuentran en la "Pachamama", con quien el hombre andino está compenetrado en términos sistémicos y holísticos; el simbolismo y el panteísmo, en vez de la escritura, por otro lado, constituyen la expresión de su pensamiento filosófico. Así se tiene que el cóndor representa al Hanan Pacha (el mundo de arriba); el puma, al Kay Pacha (el mundo de aquí) y, la serpiente, al Uku Pacha (el mundo de abajo). Además, la creencia de que todos los elementos de la naturaleza tienen vida y, por lo tanto, son una suerte de dioses tutelares ante quienes se

debe guardar reverencia simbólica y holística, sin que signifique sometimiento ni servilismo.

QUINTA: El sistema jurídico consuetudinario del mundo andino consiste en principios y sanciones. Algunos de los principios más representativos son la relación sistémica entre todos los elementos o aspectos de la naturaleza en el que se incluye el hombre andino, el principio de la complementariedad y de la reciprocidad. A estos principios se asuma la trilogía normativa andina: ama sua, ama quella y ama llulla. Y en cuanto a las sanciones se consideran la reflexión, la amonestación, el azote, el trabajo forzado, la expulsión y la pena de muerte.

SEXTA: Las contradicciones más notorias entre las dos concepciones jurídicas son referidas a la creación de las normas y a su aplicación: Para el derecho positivo las normas son dadas por personas designadas; mientras que para el derecho consuetudinario, las normas devienen de la relación del hombre con la madre naturaleza; y en cuanto a su aplicación, en el primer sistema existe una institución encargada de aplicar; mientras que en el segundo sistema, es la comunidad la que aplica bajo la guía del patriarca o jefe legítimo.

SÉPTIMA: Las diferencias más notorias en la aplicación y en los efectos de los dos sistemas jurídicos consisten en los siguientes aspectos: En el derecho positivo la aplicación de ley demora mucho tiempo y debe seguirse un procedimiento burocrático; mientras que en el derecho consuetudinario, es directo e ipso facto; y en cuanto a los efectos, bajo el primer sistema unos pierden y otros ganan, sin resolverse en definitiva el origen del problema ni prevenirse



los posteriores problemas derivados; mientras que en el segundo sistema, en el derecho consuetudinario, todos ganan y nadie pierde, resolviéndose en forma definitiva el litigio.





RECOMENDACIONES

PRIMERA: A los vicerrectores académicos de las universidades del país se les recomienda que se abran sus puertas para el debate académico acerca de las doctrinas que sustentan los sistemas jurídicos de los países del mundo y acerca de los dos sistemas que aún se encuentran en controversia velada en el País. La ausencia del debate académico ha traído consigo la pasividad intelectual en los estudiantes y las deficiencias en muchos profesionales del derecho.

SEGUNDA: Se recomienda a los estudiantes de derecho y a los docentes que analicen la "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen a la luz de los principios básicos de la ciencia. Es necesario comprobar en qué medida es cierta la postura de Ppopper, quien señala que la teoría de Kelsen es pseudocientífica.

TERCERA: En las facultades de derecho los docentes deben promover el análisis de las leyes actuales del país, a la luz del planteamiento teórico de Kelsen e identificar los vacíos y defectos que se manifiestan durante la administración de justicia.



CUARTA: En las facultades de derecho del país se debe considerar la cosmovisión andina como un contenido curricular importante para que los futuros abogados dispongan de los elementos de juicio necesarios con el fin de entender la dinámica evolutiva de los sistemas jurídicos en el mundo y, particularmente, del país. Se debe evitar el sesgo que actualmente existe en la formación profesional, debido al desconocimiento de la cultura andina, cuya dinámica jurídica es diametralmente diferente al derecho positivo.

QUINTA: El poder legislativo debe considerar las experiencias exitosas de una adecuada administración de justicia que aún las comunidades campesino nativas del interior del país, siguen practicando. El considerar solo las doctrinas foráneas, para dar las leyes, según los testimonios de muchos tratadistas del país, trae consigo muchos problemas de justicia que se deben resolver.

SEXTA: Las diferencias notorias entre los sistemas jurídicos que aún colisionan en las comunidades campesino nativas en el interior del país, deben ser puestas en conocimiento de las autoridades judiciales, por un lado, y, por otro lado, deben ser mejor documentadas a través de más investigaciones por parte de los estudiantes de derecho.

SÉPTIMA: Al poder legislativo se recomienda que considere la pluralidad jurídica como una opción adecuada a la realidad multicultural del Perú. El proyecto debe ser debatido con la presencia de representantes de las comunidades campesino nativas del país. Pretender imponer un solo sistema



jurídico en aquellas comunidades nativas del interior del país, donde es notoria la ausencia del estado, es una forma concreta de impedir su desarrollo.





REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acevedo, K. (2010). *El reconocimiento del derecho propio indígena* (Tesis de Licenciatura). Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Aguirre, Á. (1995). *Etnografía: Metodología cualitativa en la investigación sociocultural*. México: Alfaomega.
- Alanoca, V. (2008). *Movimiento Indígena Aimara*. Sevilla, España: Académica Española.
- Alanoca, V. (2013). *Conflictos aimaras*. Puno, Perú: Corporación MERU E.I.R.L.
- Álvarez, G. (2003). *Curso de investigación jurídica*. Chile: Lexis Nexis.
- Ander, E. (2003). *Métodos y técnicas de investigación social* (2ª ed.). Argentina: Lumen.
- Ardito, W. (2011). *Retos que el pluralismo jurídico plantea al poder judicial en el Perú*. Lima, Perú: Editorial PUCP.
- Ardiles, J.E. (2014). *El derecho consuetudinario y positivo en la administración de justicia en las comunidades nativas de la zona aimara del departamento de Puno y sus perspectivas* (Tesis de Doctorado). Universidad Nacional del Altiplano, Puno.
- Ballón, F. (1989). *Sistema jurídico aguaruna y positivismo*. En: América Indígena. vol. XLIX, núm.2, abril-junio. Pp. 346-364.
- Ballón, F. (2002). *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*. Lima, Perú: Visual Service SRL.
- Bolton, R. (2010). *La vida familiar en comunidades andinas*. Lima, Perú: Horizonte.
- Bolton, R. (2011). *No somos iguales*. Lima, Perú: Horizonte.



- Bourricaud, F. (2012). *Cambios en Puno, estudios de sociología andina*. Lima, Perú: IEP Instituto de Estudios Peruanos..
- Bobbio, N. (2006). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Cáceres, P. (2003). *Análisis cualitativo de contenido*. Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Calvo, M. (2004). *Teoría del derecho* (2ª ed.). Madrid, España: Tecnos.
- Cárcamo, H. (2005). *Hermenéutica y análisis cualitativo*. Chile: Universidad de Chile.
- Cocarico, E. (2006). *El etnocentrismo político-jurídico y el estado multinacional: Nuevos desafíos para la democracia en Bolivia* (Artículo Científico). Universidad Salesiana de Bolivia.
- Condori, G. (2013). *Derecho consuetudinario y jurisdicción especial penal*. Arequipa, Perú: Independencia S.R.L.
- Camacho, I. (2012). *Método hermenéutico*. Venezuela: Universidad de Carabobo.
- Correa, L. y Díaz, J. C. (2003). *El dominio y su precariedad en el derecho indiano* (Tesis de Licenciatura). Universidad de Chile.
- Cuenca, P. (2010). *Una aproximación a la teoría del derecho de Hans Kelsen*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Chiavenato, I. (2009). *Gestión del talento humano* (4ª ed.). México: Mc Graw-Hill
- Charaja, F. (2011). *El MAPIC en la metodología de investigación* (2ª ed.). Puno, Perú: Sagitario Impresores.
- Chillihuani, V. (2012). *La rondas campesinas del Perú una alternativa de justicia en las zonas rurales alto andinas, el caso de Ocongate un distrito rural del departamento del Cusco 1992-2011* (Tesis de Maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Delgado, J. M. y Gutiérrez, J. (1994). *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*. Madrid, España: Síntesis S.A.
- Degregori, C. I. (2004). *Ilave: Desafíos de la gobernabilidad, la democracia participativa y la descentralización*. Lima, Perú: Tarea Gráfica.
- Durand, C. (2000). *Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india*. México: UAM.



- Estermann, J. (1998). *Filosofía andina*. Quito, Ecuador: Abya-Yala.
- Flórez, D. (2010). *Justicia comunal en el Perú*. Lima, Perú: GTZ.
- Flores, L. L. (2014). *Introducción al estudio del derecho*. México: Larousse – Grupo Editorial Patria.
- Gómez, M. (2014). *Filosofía del derecho*. España: UNED.
- Gordillo, A. (2000). *Introducción al derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Fundación del Derecho Administrativo.
- Grondin, J. (2008). *¿Qué es la hermenéutica?* España: Herder.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación* (4ª ed.). Colombia: McGRAW-HILL
- Ivancevich, J. (2005). *Administración de recursos humanos* (9ª ed.). México: McGraw-Hill.
- Jürgen, H. y Franco, R. (2006). *El tratamiento de conflictos*. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal IDL.
- Justiniano, F. (2006). *Tutela constitucional de los derechos de nuestros pueblos indígenas*. Chile: Red Ius et Praxis.
- Karp, D. (2008). *Justicia comunitaria: marco conceptual*. EEUU: City University of New York..
- Kelsen, H. (2010). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- La Torre, Á. (2008). *Introducción al derecho*. España: Ariel S.A.
- Martínez, L. y Fernández, J. (2005). *Curso de teoría del derecho*. España: Ariel.
- Mejía, L. P. (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. España: Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.
- Merton, R. K. (2003). *Teoría y estructuras sociales*. España: Fondo de Cultura Económica de España S.L.
- Miceli, P. (2012). *Derecho consuetudinario y memoria*. Madrid, España: Universidad Carlos III.
- Milla, C. (2005). *Génesis de la cultura andina* (6ª ed.). Lima, Perú: Arcadia mediática (AA)..
- Möller, M. (2007). *Neoconstitucionalismo y la teoría del derecho*. España: Universidad de Burgos..



- MONROY, M. (1994). *Introducción al derecho* (9ª ed.). Bogotá, Colombia: Temis..
- Muñoz, C. (2010). *Teoría del derecho*. México: Oxford University Press.
- Núñez, R. (1999). *Manual del derecho penal* (4ª ed.). Córdoba, Argentina: Lumen.
- Ochoa, C. (2002). *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*. Guatemala: CHOLSAMAJ.
- Palomino, G. P. (2010). *Investigación cualitativa y cuantitativa en ciencias sociales y de la educación*. Puno: UNA.
- Peña, A. (2006). *Las sanciones en el derecho y justicia penales de los aimaras del sur andino*. Lima, Perú: PUCP.
- Peña, A. (1998). *Justicia comunal en los andes del Perú: Caso Calahuyo*. Lima, Perú: PUCP.
- Pérez, C. E. (2007). *El derecho consuetudinario indígena en el Área Ch'orti', del Municipio de Jocotán, del departamento de Chiquimula* (Tesis de Licenciatura). Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Pérez, D. A. (2011). *La hermenéutica y los métodos de investigación en ciencias sociales*. Colombia: Universidad Autónoma de Manizales.
- Peña, R. E. (2011). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Ecoe ediciones.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima, Perú: Palestra
- Prieto, L. (2014). *Apuntes de teoría del derecho* (5ª ed.). Madrid, España: Trotta.
- Ramonet, I. (2009). *La crisis del siglo*. Barcelona, España: Icaria
- Reinaga, F. (2001). *El pensamiento amáutico* (4ª ed.). Bolivia: Unidas S.A.
- Rojas, F. (2007). *Sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas*. La Paz, Bolivia: Central Gráfica S.R.L.
- Rubio, M. (2010). *El sistema jurídico: Introducción al derecho* (10ª ed.). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú..
- Ruiz, J. C., Roel, L. A. y La Rosa, J. (2011). *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas*. Lima, Perú: Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
- Sagástegui, P. (2010). *Derecho comparado*. Lima, Perú: Grijley.



- Santos, H. (2002). *Nociones de derecho positivo mexicano* (3ª ed.). México: Pearson Educación.
- Sandoval, E. A. (2006). *Los derechos de los pueblos indios en Latinoamérica*. México: Red Convergencia.
- Soriano, R. (2005). *Sociología del derecho*. España: Ariel.
- Suárez, E. E. (2004). *Introducción al derecho*. Santa Fe, Argentina: UNL
- Schmill, U. (2010). Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho. (Art. Científico). *Revista DOXA*, Cuadernos filosóficos del derecho. ISSN:0214-8676
- Tau, V. (2000). *El poder de la Costumbre*. Madrid, España: Fundación Ignacio Larramendi.
- Ugarte, J. J. (1995). El sistema jurídico de Kelsen: Síntesis y crítica. *Revista Chilena de Derecho*. 22(1), 109-118.
- Valdivia, L. E. (2010). *Las rondas campesinas, violación de derechos humanos y conflicto con la justicia formal en el Perú* (Tesis de Maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú.
- Valqui, C. y Pastor, C. (2009). *Corrientes filosóficas del derecho*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Zapatero, V. y Garrido, M. I. (2008). *El derecho como proceso normativo: lecciones de teoría del derecho*. España: Europa Artes Gráficas S.A.
- Witker, J. (1995). *Investigación jurídica*. México: McGraw-Hill.



ANEXO 1

GUÍA DE ANÁLISIS TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO BASE DOCTRINAL DE LA JUSTICIA PERUANA

I. IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

- 1.1. Título del contenido:
1.2. Autor:
1.3. Lugar de edición: Año: Editorial:

II. CRITERIOS DE ANÁLISIS

EJES Y SUBEJES	ARGUMENTOS	Pág.	COMENTARIO
1. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA: 1.1. Concepciones básicas 1.2. Propuestas jurídicas 2. LA TEORÍA COMO BASE DOCTRINAL DE LA JUSTICIA PERUANA: 2.1. Postulados que sustentan la doctrina del derecho peruano 2.2. Postulados que sustentan la administración de justicia peruana			



ANEXO 2

GUÍA DE ANÁLISIS LA COSMOVISIÓN ANDINA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

I. IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

1.1 Título del contenido:

1.2 Autor:

1.3 Lugar de edición: Año: Editorial:

II CRITERIOS DE ANÁLISIS

EJES Y SUBEJES	ARGUMENTOS	Pág.	COMENTARIO
1. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO: 1.1. Concepción del derecho 1.2. Concepción de la pena o el castigo 1.3. Organización para la administración de justicia 2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO 2.1. La concepción de justicia en la cultura andina 2.2. La pachamama en la concepción filosófica andina 2.3. Las normas básicas en la concepción andina			



ANEXO 3 GUÍA DE ANÁLISIS

CONTROVERSIAS ENTRE LOS DOS SISTEMAS JURÍDICOS

I. IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO

1.1. Título del contenido:

1.2. Autor:

1.3. Lugar de edición: Año: Editorial:

II. CRITERIOS DE ANÁLISIS

EJES Y SUBEJES	ARGUMENTOS	Pág.	AUSENCIA
1. CONTRADICCIONES ENTRE LAS DOS CONCEPCIONES: 1.1. Concepción jurídica de los dos sistemas 1.2. Naturaleza de las normas en las dos concepciones. 2. DIFERENCIAS EN LA APLICACIÓN Y EFECTOS DE LOS DOS SISTEMAS 2.1. Formas de aplicación en los dos sistemas 2.3. Efectos sociales en los dos tipos de administración de justicia			

ANEXO 4

Se transcribe textualmente, el Caso 2, referido a un probable infanticidio, caso relatado por Ardiles (2014).

Relato de Justicia Comunal No 1

- 1.1. COMUNIDAD : Llaquepa
- 1.2. DISTRITO : Pomata
- 1.3. AÑO : 2011
- 1.4. DEMANDANTE: No existe
- 1.5. ACUSADOS : Nadie
- 1.6. ASUNTO : Muerte del infante "NN" de la familia de "FQP"
- 1.7. INFORMANTE : Inés Acero Condori
- 1.8 RELATO DEL CASO

Por razones del Derecho Positivo o de las leyes vigentes del Estado peruano, no se identifican los nombres verdaderos de los involucrados en este caso. Según la Señora Inés, en la Comunidad de Llaquepa muchas familias son de condiciones económicas pobres, tal como también es la característica de la mayoría de las familias de la Zona Aimara del Departamento de Puno. En el caso que nos ocupa, se trata de una familia de 8 integrantes: padre, madre y 6 hijos. El padre de familia cuyo nombre responde a las iniciales de "FQP" y la madre a las iniciales de "MFC", se dedican a las actividades agropecuarias. Los hijos mayores les ayudan en esta actividad.



Para esta familia resulta difícil satisfacer las necesidades básicas del hogar con sólo la agricultura y la ganadería que son de tipo familiar; por eso, cada fin de semana, especialmente los viernes y los domingos, los padres van a la ciudad de Desaguadero y a la feria dominical de Pomata para vender algunos productos naturales como cereales, lana de oveja y alpaca, y otros productos según las ocasiones comerciales.

Los esposos eran conscientes que ya no era posible tener más hijos, dada las condiciones económicas en las que se encontraban; sin embargo, debido a la desinformación acerca del control de natalidad, la esposa quedó embarazada otra vez. Al enterarse que iban a tener un hijo más (el séptimo), quedaron muy frustrados y decepcionados. Hubo discusiones y acusaciones de ambas partes, no quedándoles otra alternativa que esperar al nuevo hijo, creyendo que era la decisión de la madre naturaleza.

Una vecina le recomendó a la señora "MFC" que fuese al Centro de Salud de Pomata para evitar tener el hijo, ya que aún era tiempo; sin embargo, la señora no se sentía con valor y tenía vergüenza, ya que para su sexto hijo fue maltratada por la enfermera que la atendió. Además, en aquella ocasión le habían amenazado con que ya no la atenderían si quedaba otra vez embarazada. Por otro lado, los quehaceres de la chacra, el cuidado del ganado, no le daba tiempo para ir al Centro de Salud de Pomata, y porque, además, para ello debía perder el tiempo todo el día.

Llegado el momento, dio a luz a un varón en su domicilio de la comunidad con la ayuda de la suegra. El nuevo hijo nació con un evidente bajo peso. No podía ser de otra manera, ya que la madre no se había alimentado bien durante la gestación, ni tampoco había ido al Centro de Salud para las recomendaciones y atenciones debidas. Como es de suponer, el nuevo hijo nació en condiciones económicas precarias, y por lo tanto, no hubo sentimientos de alegría ni de bienvenida para el recién nacido, como sucedió con el nacimiento de los tres primeros hijos. Era lógico, en situaciones precarias, el nacimiento de un nuevo hijo es, más bien, motivo de inmensa preocupación. Por eso, entre sollozos y

amarguras, la madre le susurró a su recién nacido que ojalá diosito se le llevase porque no tenía con qué criarlo.

Como si fuese un acuerdo tácito y un acuerdo del contexto que se vivía, la madre optó por no darle de lactar. Sólo lo envolvió en los pañales viejos y desperdidos de sus hijos anteriores que los tenían guardados. Como era de esperarse, el neonato empezó a llorar por hambre. Era un llanto de baja intensidad y a intervalos como si le faltasen fuerzas, llantos que desgarraba de dolor a la madre; sin embargo, no podía hacer otra cosa que cumplir con lo que ya estaba decidido para salvar la vida del resto de la familia numerosa.

La señora MFC vivía en su interior una lucha encarnizada entre el dejarlo morir o salvarle. Con lágrimas en los ojos, ante la presencia de la suegra y del esposo, así como ante la presencia de sus hijos mayores, quienes con su silencio tácito mostraban su asentimiento, le susurraba otra vez, como si la entendiese, que no podía darle de lactar porque ni siquiera tenía leche.

Al tercer día dejó de existir el neonato por inanición. Fue enterrado en la esquina del canchón donde de vez en cuando pastan las ovejas, con la presencia de los familiares y algunos vecinos que lamentaron que el recién nacido se haya muerto. Todos comentaron que mejor que haya sucedido así. Seguramente la madre tierra así lo ha querido, ya que la familia no tenía con qué mantener a un hijo más.

Según nuestra informante, el caso fue de conocimiento de los directivos de la comunidad, y en general, de todos los comuneros de Llaquepa y nadie consideró como un acto ilícito ni nada anormal. Además, por qué habría que sorprenderse, ya que en esta comunidad y en otras comunidades de la Zona Aimara, casos similares son recurrentes. Por lo tanto, la vida de la comunidad y de la familia de "FQP" debe continuar normal, ya que había que trabajar la tierra y criar el ganado para que la familia siga viviendo.



1.9 INTERPRETACIÓN DEL CASO

Según el Código Penal, DL 735, del 8 de abril del año 1991, en su Art. 110, referido al infanticidio, señala que “la madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”. Según este código y el artículo correspondiente, la señora MFC cometió infanticidio, y por lo tanto, debió recibir una condena de privación de libertad de cuatro años como máximo.

Desde otro punto de vista puede ser tipificado como homicidio calificado. De ser así, el Art. 108, del mismo Código Penal, prescribe que el asesinato calificado será reprimido con privación de libertad no menor de 25 años. A ello se suma el esposo, los hijos mayores y directivos de la comunidad que tuvieron conocimiento del caso y todos ellos debieron ser castigados por ser cómplices o encubridores del infanticidio o del homicidio calificado, según la evaluación que se realice al respecto.

Como se puede deducir de este caso, la intervención del Derecho Positivo o del derecho formal vigente en el país, hubiese sancionado a la señora y a sus cómplices con pena de prisión por varios años. De esta manera se hubiera trastocado el Derecho Consuetudinario que, en este caso, fue el derecho que se administró tácitamente en la comunidad de Llaquepa. Como se puede deducir del caso relatado, no hubo ni siquiera una actuación de los miembros directivos de la comunidad, sino simplemente se aplicó los principios y las normas consuetudinarias que se practica ancestralmente en las comunidades nativas de la zona aimara de Puno de manera tácita, es decir, se dio por un hecho normal. Aquí se aplicó la norma del wali jakaña.

Para la comunidad de Llaquepa y para el resto de comunidades nativas de la Zona Aimara de Puno, la muerte de un infante, recién nacido, cuando no se encuentra en buenas condiciones de seguir existiendo y cuando los padres no están en las condiciones de afrontar la crianza ni la educación del neonato, se acostumbra dejarlo morir por inanición y desatención. Casos similares se registran a centenares en las



comunidades aimaras del Departamento de Puno y a lo largo del mundo andino.

Claro que con la intromisión de la cultura occidental, lleno de prejuicios e hipocresías, estas decisiones están cambiando. Ahora, por temor a las penalidades previstas en el Derecho Positivo, los hacen sobrevivir a como dé lugar, con las consiguiente secuelas de mayor crisis socioeconómica, conflictos familiares y comunales, el nacimiento de lacras sociales como la delincuencia rural, la prostitución, la vagancia y la corrupción, la indigencia en las ciudades, que no pueden ser resueltos por el Derecho Positivo vigente en el Estado formal centralista que no llega adecuadamente con sus leyes a las comunidades campesinas nativas.

Bajo las normas de la cosmovisión andina este caso se puede interpretar como el wali jakaña (vivir bien). Como el wali yatikaña (pensar bien), el wali munaña (querer bien). Además, se consideran en esta concepción los principios de la relacionalidad, la complementariedad y la reciprocidad. Es una amalgama de principios y normas que están muy bien fundidas en las creencias y concepciones de los habitantes del mundo andino. Para ellos, el caso relatado, de ninguna manera es concebida, ni siquiera por asomo, como asesinato, sino como una decisión sabia para el sobrevivir de la familia. Aquí radica una de las diferencias entre el Derecho Positivo, formal e indiferente, y el Derecho Consuetudinario, con su influjo sabio, justo y contextual.

ANEXO 5

Se transcribe textualmente, el Caso 3, referido a un probable infanticidio, caso relatado por Ardiles (2014).

Relato de Justicia Comunal No 2

- 1.1 COMUNIDAD : Molloco
- 1.2 DISTRITO : Acora
- 1.3 AÑO : 1993
- 1.4 DEMANDANTE: Judith Quispe Inquilla
- 1.5 ACUSADOS : Juan Pari (Teniente Gobernador), José Huarcaya
(Presidente de la Comunidad) y otros.
- 1.6 ASUNTO : Ejecución del Ushanan Jampi
- 1.7 INFORMANTE : Isidro Pari Flores
- 1.8 RELATO DEL CASO

Según nuestro informante, Isac Gómez Mamani fue un joven de 27 años de edad, nacido en el distrito de Conduriri, provincia del Collao-Ilave. Se casó con Judith Quispe, natural de la comunidad de Molloco, distrito de Acora, en el año 1990 y desde entonces empezó a vivir en la casa de la mujer.

En el mes febrero del año 1993 se empezó a rumorar en la comunidad que había un abigeo que estaba robando el ganado de las comunidades aledañas, como Marka Isqueña y Carytamaya. Se decía que el abigeo era de la comunidad de Molloco, y por eso, el rumor y la preocupación crecía cada vez más. En una asamblea comunal, la Junta Directiva recomendó a los presentes que tengan mucho cuidado y si era



cierto lo que se rumoraba, debían ayudar a identificar al delincuente para tomar las medidas que eran necesarias.

En el mes de mayo, una comunera que había quedado viuda el año anterior, denunció ante el Presidente de la Comunidad, José Huarcaya, que una de sus ovejas había desaparecido durante el día. Inmediatamente el Presidente tomó la decisión de averiguar de entre las familias que probablemente pudieron haber visto o podrían saber algo. Lo único que escuchó de cada familia consultada fue la sospecha de que era el tal "isaco", el marido de la "judisa", como acostumbraban llamar a la pareja de jóvenes, quien habría cogido la oveja para sacrificarla y vender la carne en la plaza de Acora, es decir, el día domingo en que se hacían las averiguaciones, ya que la pérdida de la oveja ocurrió el día anterior.

En horas de la noche, del mismo día domingo, el Presidente, más dos integrantes de la Junta Directiva, fueron a la casa del sospechoso. Sólo pudieron conversar con la esposa, quien les dijo que su esposo no había llegado todavía. Le comunicaron que al día siguiente, a la hora de costumbre, iba a realizarse una asamblea extraordinaria y que su esposo debía estar presente para deslindar responsabilidades respecto de los rumores de que su esposo habría robado la oveja de la señora Marcela.

En la asamblea convocada de emergencia se hizo presente el sospecho con su esposa. El Presidente le pidió, en forma directa y sin ambages, que confesase acerca del robo de la oveja de la tía³ Marcela. El joven a su turno negó rotundamente que sea él quien haya robado la oveja de la tía. El argumento que esgrimió fue que desde el sábado había viajado a su tierra, Conduriri, a ver a sus padres.

Ante la negativa y el argumento del sospechoso, el Presidente solicitó a los presentes que hablen ahora si sabían algo y no estén rumorando. Además, les dijo que no era necesario recurrir a la policía ni a ninguna autoridad de la ciudad, porque era por gusto. Es recomendable, dijo, que hablen ahora si sabían algo acerca del asunto, de lo contrario no es bueno que estén hablando mal del "hermano", ya que la comunidad

³ En las comunidades campesinas de la zona aimara acostumbran llamar "tía" o "tío" a cualquier persona mayor como una manifestación de familiaridad o de relación familiar.

estaba quedando mal ante la opinión del resto de las comunidades vecinas. Nadie quería hablar, pero levantó la mano un comunero de edad avanzada y dijo que él había ido a la feria dominical de Acora y allí vio a "isaco", merodeando en la plaza conjuntamente con otros jóvenes que no eran de la comunidad. Luego del comunero, hubo otro quien dijo que también lo había visto en la feria. Ante estas evidencias orales, el Presidente le increpó con voz severa del por qué estaba mintiendo, que era mejor que confesase ahora, porque le iba ir peor si es que seguía con su terca actitud de negar todo.

Ante las miradas inquisidoras y acusadoras de la concurrencia, no le quedó otra alternativa que confesar la verdad. Tras la confesión, la comunidad acordó que el ladrón debía devolver una oveja con las mismas características, en el acto y que, además, debía recibir como castigo 20 latigazos. Así fue, ante la presencia de los presentes la tía Marcela recibió de manos de la esposa del ladrón, una oveja como medida de reparación, y luego, "isaco" fue azotado en el patio central del lugar de la asamblea. Mientras se le azotaba, se le advirtió que ya siga con sus fechorías, ya que de lo contrario se le iba aplicar la máxima pena, es decir, el ushanan jampi.

Apenas transcurrieron un mes y medio se volvió a escuchar del robo de una vaca en la comunidad de Marka Isqueña y todo apuntaba a las fechorías de "isaco". El delegado de la comunidad aludida, como era de esperarse, pidió al Presidente de la comunidad de Molloco que tomase las medidas más drásticas para castigar al abigeo. Era la primera semana del mes de agosto del año 1993. Mientras crecía la cólera de la comunidad, vino la denuncia de David Mamani, quien había sufrido el rodo de su casa de tres cueros de vaca, de varias sogas y de siete costales confeccionados de lana de alpaca, muy apreciados en la comunidad. El hecho fue comprobado in situ por los directivos de la comunidad. La puerta de la habitación principal de la víctima había sido violentada con una ganzúa de fierro, conocida como "pata de cabra".

Una delegación de la Junta Directiva, comisionada expresamente, capturó al sospechoso y lo llevaron ante la asamblea de la comunidad que



había sido convocada de emergencia. En la asamblea se le acusó de frente y el ladrón no tuvo la oportunidad de argumentar nada para defenderse. Sólo confeso. Ante este hecho todos los presentes gritaron que debía aplicarse la máxima pena, es decir, la pena de muerte. Así fue. Se acordó sancionarlo con la máxima pena porque se llegó a la conclusión que el caso del joven "isaco" no tenía remedio, sino sólo con la muerte. Además, la comunidad no podía ser mal vista por todos. Solicitaron la presencia del Teniendo Gobernador, Juan Pari. Esta autoridad, así como todos los demás directivos, estuvieron de acuerdo que debía procederse de la forma cómo la comunidad había decidido.

Al día siguiente, previo azote por parte de todos los comuneros que se reunieron, le rociaron querosene y le prendieron fuego. Luego, lo enterraron en las faldas del cerro ubicado en el lado sur de la comunidad, cerro denominado "Lamis J'aqe". La asamblea extraordinaria quedó con que este castigo infligido era una lección para todos y que lo sucedido sólo debía quedar en la comunidad, es decir, no debía avisarse a las autoridades formales del distrito para no tener problemas judiciales. La vida de la comunidad retorno a la normalidad y ya no se escucharon casos de robos ni nada parecido.

Sin embargo, al cabo de un año aproximadamente, la viuda del difunto, seguramente asesorado por algunos familiares de "isaco", denunció ante las autoridades policiales del distrito, el supuesto crimen. De inmediato la policía actuó según el protocolo para estos casos. Exhumaron el cadáver con la presencia del fiscal provincial, y luego, capturaron a los que en la denuncia fueron inculpados como responsables. Sólo se capturaron al Presidente de la comunidad y al Teniente Gobernador, mientras que los demás inculpados no son habidos hasta la actualidad, porque huyeron una vez que supieron de su requisitoria. Los capturados fueron encarcelados y recién hace cinco años atrás fueron puestos en libertad después de haber cumplido con su pena de carcelería.

Con la captura y el encarcelamiento de los dirigentes de la comunidad y la fuga forzada de los otros implicados en la denuncia, la



comunidad de Molloco, según nuestro informante, se desarticuló totalmente. En los años siguientes y actualmente, en esta comunidad reina la desconfianza entre las familias. Los hechos delictuosos empezaron a manifestarse a comienzos del año siguiente (1994), incrementándose en los siguientes años hasta el punto de que los casos de robos, abigeatos, enfrentamientos entre familias, son casi todos los días. Las siguientes juntas directivas sólo cumplieron con avisar a las autoridades del distrito cuando el acto delictuoso era notorio, ya que en los demás casos prefieren ser indiferentes como son las autoridades de las ciudades.

1.9 INTERPRETACIÓN DEL CASO

Con la denuncia, la captura y el encarcelamiento de los principales dirigentes de la comunidad, ya nada fue igual en la comunidad, como nos relata el informante. Desde aquel suceso, ya nada es coherente con las decisiones que toma la comunidad. Actualmente, todos los hechos que debieron resolverse mediante las normas de la comunidad se soslayan, o en su defecto, sólo se avisa a la autoridad distrital. Ya no rige el Derecho Consuetudinario, sino el Derecho Positivo a medias, mal implementado y mal interpretado, generándose un sinfín de problemas sin resolverse.

En el año que no se denunció el hecho ante las autoridades formales, la comunidad marchaba a las mil maravillas, según nuestro informante. Ya no había ningún rumor de robos o algo similar, y además, las casas, como de costumbre, se dejaban sin que nadie se quedase a cuidar y sin candados para asegurar las puertas. Todos en la comunidad sabían que el robo se castigaba con la máxima pena. Siempre tenían presente la norma milenaria del ama sua (no sea ladrón), y con el castigo impuesto a "isaco", la norma quedaba bien ratificada y consolidada.

Pero, ahora, después de la intervención de las autoridades formales, en la comunidad hay desconfianza, miramientos, temores y las casas ya no se dejan sin los seguros correspondientes. Todos se cuidan de todos. Esta comunidad está asimilándose a las costumbres y normas urbanas, lo que trae como consecuencia, una conducta comunal preñada



de hipocresías, envidias, mentiras, desconfianzas. Los robos de los sembríos, del ganado ovino, se producen casi con frecuencia. La comunidad ya no se reúne con el entusiasmo ni con la voluntad de antes, sino sólo para las decisiones que el Municipio distrital les pide para la ejecución de algunas obras agropecuarias o para que se intervenga en algunas actividades del distrito.

Para el Derecho Positivo y formal, el caso relatado se tipifica en el Art. 108 del Código Penal vigente, como homicidio calificado. Según este artículo, los culpables serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de 25 años. Sin embargo, para los comuneros de Molloco, la decisión tomada respecto del ladrón es justa y coherente al sistema jurídico de la comunidad. En ningún momento se juzgó bajo los parámetros del Derecho Positivo. Ni siquiera en aquella oportunidad se mencionó.

Por eso, este caso, hay que encararlo o enfocarlo dentro del contexto cultural de la comunidad. Allí los principios de la relacionalidad, de la complementariedad y de la reciprocidad aún tenían mucha fuerza, y bajo estos principios se tomó las decisiones respecto del abigeo. Por otro lado, la norma milenaria del *ama sua* (no sea ladrón), era un precepto bien arraigado que en el momento de la decisión tuvo bastante peso.

El Ushanan Jampi de Enrique López Albújar, de alguna forma se reeditó en este caso, es decir, la comunidad en una pasada oportunidad ya le sancionó a "isaco" con latigazos y se le advirtió que no siga con las malas andanzas; pero no hizo caso a nadie y siguió cometiendo los robos de ganado y cometiendo otras fechorías como ingresar a las casas para sustraer los bienes de los comuneros. Ante una situación concreta, ya probada más que suficiente, no le quedaba a la comunidad otra medida que la aplicación del último remedio (ushanan jampi). Por consiguiente, la muerte de Isac Gómez se produjo estrictamente dentro de la concepción de la comunidad, al margen de los parámetros del Derecho Positivo o formal.

En este caso se enfrentan dos concepciones y dos derechos diametralmente de origen diferente. Por un lado para la comunidad la pena

de muerte ejecutada es justa; mientras que para el Derecho Positivo vigente a nivel nacional, es un homicidio calificado. Se puede argumentar que los comuneros debían saber que existen leyes que prohíben la pena de muerte en el Perú; sin embargo, ni siquiera los ciudadanos del país están enterados de esta norma. Así en este caso, en otros casos similares, los pueblos del interior del país desconocen por falta de una adecuada difusión y presencia efectiva del Estado.

